

FERNANDA HILZENDEGER MARCON

**A CONSTRUÇÃO DISCURSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
Uma análise a partir da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas**

CURITIBA

2006

FERNANDA HILZENDEGER MARCON

**A CONSTRUÇÃO DISCURSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
Uma análise a partir da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, no Curso de Pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Dra. Katya Kozicki

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA HILZENDEGER MARCON

**A CONSTRUÇÃO DISCURSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
Uma análise a partir da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Presidente:

Dra. Katya Kozicki
Universidade Federal do Paraná

Membro:

Dr. Leonel Severo Rocha
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Membro:

Dra. Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná

Curitiba (PR), maio de 2006.

A meus pais, amores de minha vida, cuja capacidade de renúncia a razão jamais explicará.

A meus irmãos, em cujas diferenças reconheço os limites de minha individualidade.

Agradecimentos

Bem o sabem, meus familiares e amigos, que a realização desta pesquisa representou a concretização de um sonho e o desfecho de mais uma etapa de aprendizado, que não se resumiu às lições dos bancos acadêmicos. Por isso, não poderia deixar de agradecê-los, sinceramente, por toda ajuda prestada, especialmente:

A meus pais e irmãos, que estiveram sempre presentes e que, com palavras doces ou amargas, contribuíram para o alcance de meus objetivos.

À minha orientadora, Katya Kozicki — exemplo de capacidade e dedicação —, na qual encontrei o principal motivo pelo qual segui-la: a paixão incondicional pelo direito e pela democracia.

A meus tios Márcia e Celso, pela acolhida em minhas estadas em Curitiba, e a “meus” pequenos e amados Vítor e Laura, cuja energia jamais se negaram a compartilhar.

Às amigas Myriam e Tatiana, incansáveis companheiras desta longa caminhada.

Aos amigos Ana Paula, Marina, Mauri e Salete, também companheiros de magistério, pelas preciosas colaborações quanto à pesquisa e revisão deste trabalho.

Aos amigos que fiz durante o curso de mestrado, em especial a Ana Carolina, Guilherme, Márcia, Ana Letícia e João Marcelo, pelas muitas horas de estudo, preocupações e lazer compartilhadas.

Aos amigos Eliana, Virgínia e Frederico, pelo apoio.

A meus familiares, pelas orações e torcida.

Aos professores do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, em especial Celso Luiz Ludwig e Katie Silene Cárceres Argüello, por se disporem a compartilhar seus conhecimentos.

Aos funcionários do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, que sempre estiveram dispostos a ajudar.

A todas as pessoas indicadas e àqueles eventualmente esquecidos, mas que estiveram, de algum modo, presentes em minha caminhada, com sincera gratidão.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a investigação das contribuições oferecidas pela *teoria da ação comunicativa*, de Jürgen Habermas, à discussão dos direitos fundamentais. Assentado sobre o paradigma da intersubjetividade, ele propõe uma fundamentação procedimental da sociedade moderna, a qual divide entre *sistema* e *mundo da vida*. Nessa perspectiva, o direito é concebido como o elo de ligação entre tais esferas, ou seja, entre a *facticidade* do sistema e a *validade* do mundo da vida — instituída pela obediência a certos requisitos discursivos. Por isso, sua vinculação à questão democrática e importância para o estudo da proteção conferida à integridade da vida humana. No segundo capítulo, procede-se à identificação dos paradigmas da modernidade, até o advento da *ação comunicativa*, de modo a situar a proposta habermasiana no contexto filosófico que lhe é peculiar e, assim, permitir o melhor entendimento de seus elementos teóricos. A isso segue a exposição dos aspectos que interessam à compreensão do Direito e do ideal democrático que lhe é inerente, representado na concepção procedimental de *direitos fundamentais*. Destacam-se, nessa linha, o processo de formação da autonomia pública e privada e os diferentes contextos de comunicação, presentes em cada esfera de poder estatal. O terceiro capítulo direciona sua abordagem aos direitos fundamentais, em sentido amplo. Iniciando pelo delineamento dos direitos humanos e sua esfera de proteção, percorre os caminhos de sua incorporação à ordem jurídico-positiva, constitucionalização e aspectos normativos, para, então, apresentar a limitação axiológica da teoria habermasiana. Todo o estudo conduz, no quarto capítulo, à apresentação da *democracia deliberativa*, tal qual concebida por Habermas, e das críticas dirigidas às suas digressões. O descompasso entre a situação ideal da *comunidade de fala* e a situação real de sociedades complexas e desiguais não pode deixar de ser reconhecido. Nesse sentido, sugere-se a pontuação dos problemas apontados a partir das lições de Hannah Arendt. Principalmente, no que diz respeito às noções de *vita activa* e responsabilidade para com o outro. As últimas considerações ficam, então, a cargo das propostas de complementação da fundamentação meramente formal por critérios materiais e morais, de assunção da responsabilidade para com os Outros.

Palavras-chaves: ação comunicativa; Jürgen Habermas; fundamentação; processo; discurso; direito; autonomia; direitos humanos; direitos fundamentais; Constituição; democracia deliberativa; consenso; diferença; responsabilidade.

ABSTRACT

This present work has as object the investigation of contributions offered by the theory of the communicative action, by Jürgen Habermas, to the fundamentals human rights discussion. Settled on the paradigm of the intersubjectivity, it proposes a procedural fundamentation of the modern society, which one divides between *system* and *world of the life*. In this perspective, the human rights is conceived as the joining link among such spheres, in other words, it goes among the *factibility* of the system and the *validity* of the world of the life given by the following to the certain discursive requirements. Therefore, its linking to the democratic matter and value to the protection studies conferred to the integrity of the human being life. In the second chapter, it proceeds to the identification of the modernity paradigms, until the communicative action advent, in order to point out the habermasian proposal in the philosophic context that is peculiar to this, thus, to permit the best understanding by its theoric elements. To this it follows the aspects presentation that interest to the comprehension of the human rights and of the democratic ideal that is inherent to itself, represented in the procedural conception of the *fundamentals human rights*. It points out, in this line, the process of private and public autonomy formation and the different communication contexts, present in each sphere of state power. The third chapter directs its boarding to the fundamentals human rights, in vast signification. Initiating for the delineation of the human rights and its protection sphere, it takes the ways of its incorporating to the positive law directive, constitutionalise and normative aspects, for, then, to present the axiological limits of the habermasian theory. All the studies leads, in the fourth chapter, to the presentation of the *deliberative democracy*, such which conceived by Habermas, and of the criticism directed to his digressions. The difference between the ideal situation of the *speaking community* and the real situation of complex societies and unequal cannot let to be recognized. In this sense, it is suggested to point out the problems noted by the Hannah Arendt's lessons. Mostly, in what is stated about the notions of *vita activa* and responsibility for with the other. The last considerations stand, then, for the complementary proposals of the based merely formal by the materials and moral judgments, of assumption of the responsibility for with the Others.

Key-words: communicative action; Jürgen Habermas; fundamentation; process; speech; law; autonomy; human rights; basic rights; Constitution; deliberative democracy; consensus; difference; responsibility.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	FUNDAMENTAÇÃO E PROCEDIMENTO EM J. HABERMAS.....	14
2.1	Paradigmas filosóficos da modernidade.....	14
2.2	Habermas, a sociedade e o agir comunicativo	19
2.2.1	<i>A validade discursiva</i>	24
2.2.2	<i>Configuração procedimental do direito</i>	28
2.2.3	<i>Autonomia em diferentes contextos de comunicação.....</i>	32
2.3	Direitos fundamentais e ação comunicativa.....	36
2.3.1	<i>A ação instituidora do legislativo.....</i>	39
2.3.2	<i>A ação hermenêutica do judiciário</i>	41
2.3.3	<i>A ação teleológica do executivo</i>	43
3	AÇÃO COMUNICATIVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	45
3.1	Direitos humanos e seus contornos	46
3.2	Incorporação à ordem jurídico-positiva.....	52
3.3	O fenômeno da constitucionalização.....	55
3.4	Dimensões de direitos fundamentais.....	61
3.5	Aspectos jurídico-normativos.....	64
3.5.1	<i>Coação ou respeito voluntário às normas?</i>	66
3.5.2	<i>Configuração de regras e princípios</i>	69
3.5.3	<i>A aplicação da norma de direito fundamental.....</i>	73
3.6	Abordagem axiológica: limites da teoria habermasiana.....	78
4	PARTICIPAÇÃO DOS SUJEITOS E SUA PROTEÇÃO	82
4.1	Democracia no contexto da ação comunicativa	84

4.2	O argumento moral da responsabilidade.....	92
4.3	À guisa de complementações	98
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
6	REFERÊNCIAS	112

1 INTRODUÇÃO

A modernidade¹ tem revelado ao mundo as atrocidades da miséria e da exclusão social, levando ao questionamento da possibilidade de estabelecer critérios universais de fundamentação da moral e do direito. O quadro desenhado aponta para a falência dos sistemas econômicos, a flagrante desigualdade social, o falseamento das antigas noções de tempo e espaço — determinado pelo uso crescente e o aperfeiçoamento das redes de comunicação —, a massificação cultural, a precariedade do sistema educacional, o aumento dos índices de criminalidade, intermináveis conflitos étnicos e religiosos, entre outros. A humanidade e suas instituições parecem estar em crise, ensejando assim a busca de meios destinados a assegurar a geração, a conservação e o desenvolvimento da vida humana em sua integridade.

Diante desse quadro, pairam no ar algumas perguntas: é possível proteger todos os seres humanos, de maneira indistinta, contra as vicissitudes da sociedade moderna²? Qual a importância do plano discursivo na determinação dos tipos e níveis de proteção? Qual o papel das normas jurídicas nesta empreitada? Esses questionamentos vêm chamando a atenção não apenas da teoria do direito como de diversas outras áreas do conhecimento, cujos conteúdos mantêm com ela estreita relação, tal qual a filosofia e a sociologia. Uma de suas mais instigantes abordagens abre-se à pesquisa dos direitos fundamentais e seu papel na tarefa de proteger o ser humano contra as circunstâncias que afrontam sua vida e dignidade.

Embora a civilização ocidental tenha se estruturado, a partir do século XVIII, sob a égide do denominado *Estado democrático de direito*, a realidade, não

¹ Cumpre esclarecer que o termo **moderno** e seus derivados serão utilizados aqui e no decorrer do texto como sinônimo do tempo atual, iniciado após o movimento revolucionário francês do século XVIII, e não no sentido que normalmente lhe é atribuído pela História. De acordo com Jürgen Habermas, “o conceito de modernização refere-se a um conjunto de processos cumulativos e de reforço mútuo: à formação de capital e mobilização de recursos; ao desenvolvimento das forças produtivas e ao aumento da produtividade do trabalho; ao estabelecimento do poder político centralizado e à formação de identidades nacionais, à expansão dos direitos de participação política, das formas urbanas de vida e da formação escolar formal; à secularização de valores e normas etc.” (HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Traduzido por Luiz Sérgio Repa e Rodney Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002c, p. 5). Hegel foi o primeiro filósofo a empregar o termo *modernidade*, atribuindo-lhe um caráter predominantemente histórico.

² A expressão *sociedade moderna* corresponderá às sociedades marcadas pelo processo civilizatório euro-americano.

raras vezes, faz perceber a quebra dos procedimentos democráticos legitimadores do sistema estatal, já que a esfera pública parece cada vez mais inacessível à maior parte da população mundial. Isso ocorre por múltiplos fatores, desde o simples impedimento de participação — determinado, por exemplo, pela pobreza ou violência — até a participação desinteressada ou incapaz — decorrente da ignorância do participante.

As desigualdades às quais se fez menção dão ensejo à incorporação de um núcleo de direitos, chamados *fundamentais*, à ordem constitucional, com o objetivo específico de dar efetividade à proteção da dignidade humana. Isso exige, por óbvio, a atuação integrada de todos os poderes do Estado e a permeabilidade de suas esferas de decisão, por determinações emanadas do exercício da soberania popular.

A teoria habermasiana assume papel importante na investigação de alguns dos aspectos levantados. Filósofo da segunda geração da Escola de Frankfurt³, Jürgen Habermas teoriza em torno de uma fundamentação sociológica da modernidade. Propõe uma fundamentação formal do *Direito* e da *Moral*, com pretensão de universalidade e apoiada sobre o paradigma da comunicação, cuja base transcende a consciência do sujeito para estabelecer-se intersubjetivamente. A linguagem é por ele estudada sob o ponto de vista pragmático (relação entre sujeito e objeto, sendo a linguagem encarada não mais como mera descrição e sim como determinante da própria estrutura da realidade) e também de acordo com seu caráter performativo.

Habermas tem absoluta consciência da complexidade social, sendo possível extrair de suas digressões uma teoria da democracia focada na diferenciação entre Estado e sociedade. “Tal teoria baseia-se na percepção de que a democracia está ligada a um processo discursivo que tem suas origens nas redes públicas de comunicação, com as quais os processos de institucionalização legal e utilização

³ O movimento filosófico denominado Escola de Frankfurt surge em 1923, como reação à razão instrumental de origem iluminista (ciência; positivismo jurídico), propondo o resgate das investigações pertinentes à fundamentação moral. Todavia, enquanto os primeiros filósofos daquele movimento (Adorno, Horkheimer) buscavam a fundamentação da moral fora do campo da razão, Apel e Habermas apresentaram propostas que a identificaram no próprio exercício da razão e promoveram a substituição do paradigma da consciência pelo paradigma da comunicação. Vide a respeito: MATOS, Olgária C. F. **A escola de Frankfurt: luzes e sombras do iluminismo**. São Paulo: Moderna, 1993. (Coleção Logos).

administrativa do poder estão indissoluvelmente ligados.”⁴

Sua opção procedimental é justificada a partir da distinção entre o *bom* e o *justo*, o *ético* e o *moral*. A compreensão daquilo que é bom (conteúdo da ética) depende de relações concretas entre os sujeitos, estando assim à mercê das vicissitudes de uma sociedade complexa; ao passo que o justo (forma da moral e do direito) é definido pelo respeito a procedimentos essencialmente democráticos. Por isso, somente uma proposta de caráter formal, estabelecida a partir da suposição da existência de uma comunidade ideal de comunicação, poderia alçar à pretensão de universalidade.⁵

Em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*⁶, ao proceder à explicação da estruturação e do funcionamento da sociedade, ele refere-se aos direitos fundamentais a partir de uma perspectiva procedimental, equiparando-os assim a princípios reguladores da ação dos poderes legislativo, judiciário e executivo no Estado democrático de direito. Sua tese é a de que cada qual corresponde a um contexto diferenciado de comunicação, em que se percebem diferentes momentos e formas de participação dos sujeitos.

A partir da proposta habermasiana, então, procurar-se-á verificar em que medida os direitos fundamentais estão aptos a cumprir o objetivo a que se propõem idealmente, qual seja o de conferir proteção universal à vida e à dignidade humanas. Isso porque, num mundo marcado pela diferença, conhecer o papel de cada indivíduo da constituição, interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, bem como as regras que conduzem esses procedimentos e se há necessidade de identificação de um

⁴ AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia**: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996, p. 15.

⁵ Segundo Habermas, “o fato de a distinção entre questões morais e éticas ‘fazer diferença’ no campo da justiça política, e não estar simplesmente ‘correndo em ponto morto’ , fica claro quando se consideram as discussões ocorridas hoje no âmbito do ‘multiculturalismo’, bem como os esforços de paz ante os conflitos étnicos na Europa Oriental e Meridional — ou ainda o exemplo da Conferência de Direitos Humanos de Viena, em que representantes asiáticos e africanos discutiram com representantes das sociedades ocidentais a interpretação dos direitos fundamentais (ou ao menos tidos como fundamentais).” (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Traduzido por George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 306)

⁶ Esta constitui a obra central de análise deste trabalho, já que demarcou a concepção de direito dentro da estrutura social binária já proposta pelo autor, segundo a qual a sociedade divide-se entre sistema e mundo da vida, como se verá mais adiante. Além disso, a partir de *Direito e Democracia*, o direito passa a ser encarado como co-originário em relação à moral, e não como simples conseqüência desta (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Traduzido por por Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.).

fundamento material capaz de conferir proteção independente da vontade da maioria, constitui ponto certo de discussão.

A primeira medida adotada, neste estudo, será contextualizar a teoria da ação comunicativa diante dos paradigmas filosóficos da modernidade e explicitar algumas de suas linhas de argumentação. Nesse norte, com vistas ao esclarecimento da questão democrática, assumem destaque a concepção dual da sociedade, o papel das comunidades de fala na constituição da esfera pública, os requisitos de validade discursiva, a concepção de direito, a descrição das esferas de autonomia pública e privada e, finalmente, os diferentes contextos de comunicação presentes na estrutura do Estado.

O delineamento da *teoria da ação comunicativa* permitirá, numa segunda etapa, a análise de aspectos dos direitos fundamentais especificamente relacionados a sua constituição e à efetividade da proteção que visam conferir à dignidade da pessoa humana. Para isso, será importante dar conta das propostas de fundamentação que giram em torno da criação de um núcleo de direitos considerados fundamentais, assim como da força normativa que adquirem ao serem incorporados à Constituição e de sua abertura de sentido.

Em vista do marco teórico escolhido para esta pesquisa, a análise efetuada no segundo momento será orientada pela compreensão de que, em Habermas, toda abordagem dos direitos fundamentais está limitada à esfera procedimental. Em suma, trata-se dos princípios democráticos relacionados à validação do processo de formação do direito.

A contextualização dos primeiros capítulos dará suporte, num último momento, ao estudo de questões relacionadas à participação de minorias nos processos de criação do direito e à efetividade da proteção especificamente conferida pelos direitos fundamentais. Terão espaço, nesta discussão, as críticas dirigidas à teoria habermasiana e eventuais propostas de complementação.

Esta introdução não poderia deixar de lado a irregularidade com que filósofos, sociólogos e juristas utilizam os termos direitos *humanos* (a) e *fundamentais* (b). Para fins de clareza do texto, adotar-se-á a compreensão segundo a qual (a) os *direitos humanos* dizem respeito a um estatuto universalmente válido e vinculado à

noção moral de geração, preservação e desenvolvimento da dignidade humana, integrando o núcleo das teorias da justiça; porquanto (b) os *direitos fundamentais* trazem consigo a idéia de posituação, isto é, de sua incorporação por processos democráticos a sistemas jurídicos nacionais e internacionais⁷.

Em que pesem as opiniões divergentes, optou-se por incluir na ordem dos direitos fundamentais os preceitos inerentes ao sistema internacional. Afinal, a transposição de uma ordem normativa não escrita para a forma escrita requer a adoção de processos formais de discussão, dos quais participam sujeitos determinados. Mesmo sem estar resguardada por sanções equivalentes às existentes na ordem interna, é de se considerar que tais processos instauram entre os Estados participantes e os organismos internacionais um certo vínculo obrigacional, que os equipara à ordem jurídico-positivas interna.

Mesmo adotadas como marco teórico as digressões de Jürgen Habermas, especialmente no que dizem respeito à *teoria da ação comunicativa*, este trabalho não tem o objetivo de analisar exaustivamente a obra do referido autor. Os elementos da ação comunicativa serão apresentados, portanto, como ponto de partida para a investigação dos processos democráticos inerentes à constituição de direitos humanos e fundamentais, com ênfase nos princípios de liberdade e igualdade e seu papel no respeito e na proteção dos interesses divergentes presentes em sociedades modernas, as quais são inquestionavelmente marcadas pela complexidade de sua estrutura e instituições.

⁷ Vide a respeito: BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Traduzido por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Editora da Universidad Externado de Colombia, 2003, p 30-33. (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n. 25)

2 FUNDAMENTAÇÃO E PROCEDIMENTO EM J. HABERMAS

No estudo dos elementos que informam a constituição e a aplicação de *direitos fundamentais*, destaca-se investigação de questões relacionadas à consideração das concepções de mundo e condições materiais de vida de cada sujeito, bem como à necessidade do estabelecimento de consensos como condição *sine qua non* para a existência perpetuada daquele conjunto normativo. Sob este aspecto é que se apresenta a contribuição de Jürgen Habermas e sua *teoria da ação comunicativa*.

Amparado em matriz filosófica intersubjetiva, o referido autor procede à análise do direito sob uma perspectiva eminentemente formal. Em outras palavras: a partir de um modelo dual, que divide a sociedade em espaços institucionalizados e de participação democrática, o direito é concebido como um elo de ligação estas duas esferas e sua validade condicionada ao respeito de determinados requisitos discursivos.

A compreensão da teoria habermasiana exige, todavia, a explicitação preliminar dos paradigmas da filosofia moderna, de modo a situar a proposta estudada num contexto teórico-filosófico mais amplo, identificando seus pressupostos e linhas de argumentação.

2.1 Paradigmas filosóficos da modernidade

A possibilidade do estabelecimento de um fundamento último constitui tema recorrente da Filosofia, diante do exercício da razão. Existe alguma chance de obter-se certeza quanto à justificação da origem de ações e pensamentos? Ou, ao contrário, toda tentativa de fundamentação acaba por cair no vazio e no infinito das respostas oferecidas pelo denominado *Trilema de Münchhausen*⁸? Essas preocupações

⁸ O trilema de Münchhausen correspondente à “crítica racionalista segundo a qual todo processo de argumentação desemboca inevitavelmente num trilema: a via que conduz num regresso infinito (a), pois o ‘último’ fundamento requer seu próprio fundamento — é sempre penúltimo — pelo que irrealizável a pretensão fundante; o procedimento do círculo lógico (b) é insatisfatório, pois o fundamento de uma proposição, mostra-se por seu turno, carente de fundamentação; e, por fim, na atitude de ‘interrupção do processo’ (c) em dado

justificam-se pela necessidade de identificar, ao longo da história, os paradigmas característicos das especulações filosóficas constitutivas da base do pensamento jurídico da atualidade.

O primeiro deles, inerente à *filosofia clássica e medieval*, está atrelado a uma concepção ontológica⁹ do mundo. Firmando-se no denominado **paradigma do ser**, esta vertente acredita que os objetos possuem significado em si mesmos, de modo que tudo o que se possa dizer a seu respeito constitui mera revelação de uma realidade preexistente. Neste sentido, o conhecimento não dispõe de qualquer força criadora; é metafísico em sentido estrito¹⁰, estando condicionado pela essência daquilo que se observa.

Na esfera do direito, tais prerrogativas vêm ao encontro das justificações apresentadas para ordens naturais ou divinas, cuja legitimidade assenta-se em forças estranhas à consciência humana, aceitas por imposição de uma moral transcendental. Não há espaço para a criação de direitos, mas apenas para a revelação de um conteúdo preexistente.

A modernidade é marcada pela mudança paradigmática que transfere o centro das investigações filosóficas do **ser** para o **sujeito**. Nesta linha, já não se admite que o conhecimento verdadeiro esteja impregnado numa realidade ontológica, ideal, distanciada de fatores empíricos. Ao contrário, ele resulta da observação racional de cada sujeito. Isto é fruto do processo de racionalização do mundo, da noção de que o homem é um ser pensante e de que toda a realidade só pode ser esboçada a partir da atividade humana cognitiva.

A subjetividade passa a constituir a marca dos tempos modernos a partir

momento, tido este como ‘dogma’ seguro de onde se parte na dedução de tudo mais, configura atitude dogmática negadora do fundamento enquanto último.” (LUDWIG, Celso Luiz. *Formas da razão: racionalidade jurídica e fundamentação do Direito*. Tese de doutorado. UFPR. Curitiba, 1997, p. 11)

⁹ “Platão é [...] o primeiro a insistir sobre o caráter *a priori* (em sentido mais geral, como visto, o termo significa independência da experiência sensível), indispensável a todo conhecimento, principalmente se este se pretende epistêmico, isto é, com objeto e metodologia delimitados, sistematizável e transmissível, em suma: apodítico. [...] Para Platão, as **idéias** constituem a verdadeira realidade, válida não em si mesma mas sim enquanto participa do ser essencial (ideal), imperceptível pelos órgãos dos sentidos. [...] Pela expressão **ontológico** sugerida percebe-se que as idéias platônicas são consideradas existentes por si mesmas, independentemente de qualquer pensamento, de qualquer sujeito ou forma de conhecimento; ao contrário, é a existência prévia das idéias que condiciona o ser e o conhecer no mundo empírico.” (ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48-49)

¹⁰ Quanto à controvérsia existente sobre o uso do termo *metafísica*, cujo sentido estrito refere-se à idéia de realidade objetiva revelada e o sentido amplo também à teoria da consciência, vide: HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 21-27.

da obra de Hegel, assumindo quatro conotações: o individualismo que guia as ações humanas, as quais revelam sempre a intenção de satisfação de pretensões particulares; o direito de crítica, que é representado pela necessidade de legitimação; a autonomia da ação, à qual está atrelada a noção de responsabilidade; e a opção por uma filosofia idealista, caracterizada pela idéia de autocompreensão¹¹.

Nenhuma verdade existe *a priori*, sendo ela constituída pela infinita capacidade de especulação e criação da qual dispõe o ser humano. Por este motivo, a ciência passa a ocupar o lugar que antes pertencia à religião e às determinações de origem natural, inquestionáveis sob o prisma da experimentação e da crítica.

O advento da perspectiva racional coloca em evidência o meio pelo qual a realidade é apresentada, passando este a constituir um dos principais elementos de investigação filosófica a partir do século XIX: a *linguagem*.

Uma vez negada a origem ontológica do conhecimento e admitido que a realidade não é simplesmente revelada, mas conscientemente construída, torna-se necessário analisar signos, significantes e significados através dos quais ela é representada. Isto proporciona a superação das propostas de fundamentação subjetiva, uma vez que toda especulação filosófica passa a estar assentada sobre a base estrutural da linguagem. Substitui-se o ponto central do debate, com a saída de foco das relações sujeito-objeto para a entrada daquelas estabelecidas entre a linguagem e o mundo ou entre as proposições e o estado de coisas¹².

Nessa linha, somente a compreensão dos elementos que compõem a linguagem permitirá determinar qual seja o conhecimento verdadeiro, sendo duas as etapas desta investigação: a primeira, predominante até meados do século XX, caracteriza-se pela adoção da perspectiva analítica, de estudo semântico e sintático; já a segunda preocupa-se com o uso ordinário que lhe é conferido.

Na perspectiva da denominada *filosofia da linguagem analítica*, signos, significantes e significados são estudados isoladamente, sem qualquer conexão com o uso que lhes é conferido ordinariamente. A análise é, assim, tomada no sentido de decomposição de um complexo de proposições, com o intuito de evidenciar seus

¹¹ HABERMAS, 2002c, p. 25-26.

¹² HABERMAS, 1990, p. 15.

elementos constituintes e sua forma lógica, mitigando os problemas referentes à relação entre o real e sua representação lingüística¹³.

A idéia é possibilitar a construção de uma espécie de metalinguagem, de base lógico-matemática, capaz de conferir objetividade à descrição da realidade, eliminando todo grau de subjetivismo ou imperfeições próprias da representação decorrente do uso da linguagem ordinária.

A obra de Ludwig Wittgenstein assume papel importante na passagem da perspectiva analítica para a *filosofia da linguagem ordinária*. Embora numa primeira etapa — representada pela publicação de seu *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921) — suas lições estivessem limitadas ao estudo sintático e semântico, num segundo momento Wittgenstein empenhou-se com a análise contextual da linguagem e o uso ordinário que lhe é conferido.

Essa nova abordagem é por ele exposta em *Philosophische Untersuchungen* (Investigações Filosóficas), publicada em 1953. De acordo com Katya Kozicki¹⁴,

Podemos notar duas mudanças significativas entre um e outro período. A primeira é que, no *Tractatus*, WITTGENSTEIN acreditava que a estrutura interna da realidade determinava a estrutura da linguagem. Esta concepção foi depois abandonada, passando ele a acreditar que ocorre justamente o contrário: é a linguagem que determina a estrutura da realidade, uma vez que é através da linguagem que as coisas são vistas. A segunda alteração se refere à teoria da linguagem. De início, WITTGENSTEIN acreditava que as línguas partilham de uma estrutura lógica uniforme, apresentam uma essência comum. Posteriormente, passou a acreditar que isto não se verificava; a linguagem não possui uma estrutura comum e, se a possuir, ela será tão ínfima que não permitirá explicar as relações entre as suas várias formas. Estas duas alterações marcam a mudança de método entre uma fase e outra.

Na última etapa de sua obra, Wittgenstein¹⁵ elimina a hegemonia dos métodos de análise sintática e semântica da linguagem, focando sua atenção no uso que lhe é conferido em contextos de comunicação, ou seja, na perspectiva pragmática. A linguagem passa, portanto, a ser estudada não apenas como o meio através do qual a consciência da realidade se expressa, mas também como um objeto que é, ele próprio, construído pela comunidade de falantes.

¹³ MARCONDES, Danilo. Duas concepções de análise no desenvolvimento da filosofia analítica. In: Maria Cecília M. de (org.). **Paradigmas filosóficos da atualidade**. Campinas: Papirus, 1989, p. 35.

¹⁴ KOZICKI, Katya. **H. L. A. Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito**. Florianópolis: UFSC, Dissertação de mestrado, 1993, p. 10.

¹⁵ KOZICKI, 1993, p. 7-26.

Esse novo modo de conceber a linguagem impossibilita a determinação de um código lógico e universal de análise lingüística, na medida em que impõe a consideração de circunstâncias empíricas como tempo, espaço e sujeitos, as quais são absolutamente variáveis. Neste sentido, para que possa se adaptar aos contextos de fala, é preciso que o significado das expressões seja sempre aberto — vago e ambíguo —, revelando os processos de escolha contidos nos atos de fala. A isto corresponde a noção de *jogos de linguagem*, os quais evidenciam a confluência entre a vontade individual e os apelos exteriores, próprios da vida em comunidade.

A compreensão de que o uso da linguagem e sua própria estrutura são determinados pelo contexto em que ocorrem impõe, por conseqüência, a superação das concepções de mundo individualistas — próprias da primeira fase do pensamento filosófico da modernidade — e o advento do paradigma filosófico *intersubjetivo*.

Não é a fala pura e simples de cada indivíduo que constitui a realidade, mas a fala considerada em determinado contexto comunitário, fruto da interação entre o sujeito e o outro com quem se fala. Privilegia-se o processo argumentativo em detrimento da mera contemplação. Portanto, a filosofia deve preocupar-se com o aspecto interativo da circunstância da vida em comunidade e não simplesmente com o ato isolado de pensar. Afinal, o verdadeiro conhecimento já não reside no objeto ou no sujeito, mas no consenso obtido validamente no seio de uma determinada comunidade.

Karl-Otto Apel pode ser apontado como um de seus precursores. “Assim como Peirce, também Apel ressalta o fato de que o falante sempre pertence a uma comunidade lingüística e, sendo sujeito de um sistema de regras lingüísticas, o que deve valer, em última análise, não é o indivíduo e sim uma comunidade, ou seja, um sujeito coletivo”¹⁶. Suas lições sugerem uma fundamentação transcendental-pragmática do princípio do discurso, ou seja, com recurso às condições éticas do mundo da vida¹⁷.

¹⁶ RÖD, Wolfgang. O problema da fundamentação última na filosofia contemporânea: o debate entre racionalismo crítico e pragmática transcendental. In: Maria Cecília M. de Carvalho (org.). **Paradigmas filosóficos da atualidade**. Campinas: Papirus, 1989, p. 130.

¹⁷ MOREIRA, Luiz (org.); APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia**. Tradução dos textos de Karl-Otto Apel por Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 38.

Em linha paralela, embora distinta, segue Habermas. Sua obra — principalmente a partir da publicação de *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (1992) — põe em destaque a idéia de que as relações de interação entre os sujeitos sociais são constitutivas da realidade que os circunda, de forma complementar à consciência individual. Isto impõe o abandono do solipsismo em prol da compreensão de que as ações humanas são determinadas pelo resultado da interação entre a vontade individual, cujas motivações não podem ser identificadas por critérios científicos de observação, e fatores exteriores, presentes no espaço público de comunicação.

Cumprindo o fim a que se propõe esta pesquisa, a teoria habermasiana passará a ser apresentada como constitutiva de um quarto paradigma filosófico: o *paradigma da ação comunicativa*.

2.2 Habermas, a sociedade e o agir comunicativo

Habermas¹⁸ não se contenta com a perspectiva pragmática. Vai além dela, descrevendo a sociedade sob o pano de fundo da *razão comunicativa*, a qual é considerada fonte das normas do agir somente na medida em que exige que o sujeito que age comunicativamente esteja amparado em pressupostos contrafactuais de validade. Ao aspecto factual da ação humana somam-se assim elementos idealizados, que permitem apreender a realidade contextualizada a partir de fatores comuns de análise, conferindo-lhe ou não validade intersubjetiva.

Na tensão entre o ideal e o real¹⁹ está a possibilidade de obtenção dos consensos constitutivos da esfera de comunicação social. Afinal, a ação somente deixa de ser guiada por interesses para estar voltada ao entendimento quando existe algo a determinar a unificação das vontades particulares, que consiste, de acordo com a

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 20-21.

¹⁹ Sobre a diferença entre o real e o verdadeiro, Habermas esclarece que “real” é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que “verdadeiro” pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 32)

proposta habermasiana, nos pressupostos formais de validade discursiva, já que é difícil estabelecer os motivos subjetivos que levam os indivíduos a agirem desta ou daquela maneira. Destacando o aspecto interativo da ação comunicativa, o próprio autor afirma que

se pudermos pressupor por um momento o modelo da ação orientada ao entendimento, [...] deixa de ser *privilegiada* aquela atitude objetivante em que o sujeito cognoscente se dirige a si mesmo como a entidades no mundo. Ao contrário, no paradigma do entendimento recíproco é fundamental a atitude performativa dos participantes da interação que coordenam seus planos de ação ao se entenderem entre si sobre algo no mundo. O ego ao realizar um ato de fala, e o álter ao tomar posição sobre este, contraem uma relação interpessoal. Esta é estruturada pelo sistema de perspectivas reciprocamente cruzadas de falantes, ouvintes e presentes não participantes no momento. A isto corresponde, no plano da gramática, o sistema de pronomes pessoais. Quem se instruiu nesse sistema aprendeu como se assumem, em atitude performativa, as perspectivas da primeira, segunda e terceira pessoas, e como elas se transformam entre si.²⁰

A compreensão de que, em algum momento, a ação estará voltada ao entendimento faz com que Habermas descreva a sociedade em dois diferentes níveis: *sistema e mundo da vida*. O primeiro corresponde ao espaço de predomínio da técnica, regido por mecanismos diretores auto-regulados, onde não há o desenvolvimento de ações marcadas pela interação entre os sujeitos. Nele estão compreendidas a economia e as relações estatais de poder. Já o mundo da vida coincide com os espaços guiados pela perspectiva da comunicação, cujos procedimentos são mediados linguisticamente. Ele “constitui um horizonte e, ao mesmo tempo, oferece um acervo de evidências culturais do qual os participantes da comunicação tiram, em seus esforços de interpretação, padrões exegéticos consentidos”²¹.

No *mundo da vida* aflora a intersubjetividade, sempre pautada na tentativa de obtenção do consenso. José Marcelino de Rezende Pinto²² esclarece que seus componentes estruturais são a cultura, a sociedade e a pessoa. A primeira corresponde ao arcabouço de conhecimento através do qual os atores sociais procuram compreender as coisas mundanas; a segunda, às ordens legítimas das quais eles se

²⁰ HABERMAS, 2002c, p. 414.

²¹ HABERMAS, 2002c, p. 416-417.

²² PINTO, José Marcelino de Rezende. **Administração e liberdade**: um estudo do conselho de escola à luz da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996, p. 15-76. Vide também: HABERMAS, 2002c, p. 417-418.

valem para regular suas relações sociais; e a última, às competências que conferem ao sujeito a capacidade de constituir sua própria personalidade, ao falar e agir na esfera social.

A distinção proposta contempla duas espécies de racionalidade: (a) a *instrumental*, caracterizada pela previsibilidade e calculabilidade de seus resultados, relaciona-se ao funcionamento auto-regulado do sistema, sobre o qual não há ingerência direta da vontade política dos sujeitos; e (b) a *comunicativa*, que se refere ao universo dos atos de fala, da ação política propriamente dita, em relação à qual se faz necessário observar os procedimentos democráticos, sendo esta a característica predominante do mundo da vida e de sua relação com o sistema.

No campo da racionalidade comunicativa, a linguagem abandona contornos meramente descritivos, para assumir sua capacidade performativa. O indivíduo (inter)age no mundo da vida: isto significa dizer que sua fala é absorvida pelos demais integrantes da sociedade tanto quanto sofre influência destes e das circunstâncias concretas da vida, numa espécie de “via de mão-dupla”, cujo resultado é a constituição de uma *verdade democrática*²³.

A tensão entre *facticidade* e *validade* — isto é, entre sistemas de coação externos e a força legitimadora das ações racionalmente motivadas — é o que tipifica as sociedades modernas, na visão de Habermas. Ela passa a existir no momento em que a razão confere autonomia às ações humanas, desvinculando-as das determinações exteriores que lhe exigiam simples obediência.

A consciência da liberdade coloca o sujeito diante de diferentes possibilidades de escolha, impondo-lhe a necessidade de motivar suas opções todas as vezes que seu comportamento estiver voltado à tentativa de obtenção de acordos. Isto traduz a idéia de legitimação, especificamente presente no ambiente discursivo característico do mundo da vida. Sua presença é capaz de garantir a integração não violenta da sociedade.

²³ Aqui reside a idéia de reconhecimento — representado pela possibilidade de fazer-se reconhecer na diferença perante o outro —, cuja existência é condição *sine qua non* para o alcance do consenso. Esta questão introduz a discussão acerca da possibilidade do reconhecimento das diferenças e suas limitações diante da necessidade de obtenção de consensos sociais.

É possível, ainda, afirmar que a oposição entre sistema e mundo da vida gera diferentes possibilidades de integração²⁴. A primeira seria a *integração social*, caracterizando-se pelo consenso obtido normativa ou comunicativamente a partir do mundo da vida. Em sentido contrário viria a *integração sistêmica*, como resultado da determinação não-normativa de decisões individuais, imposta por mecanismos auto-regulados como o mercado e a burocracia.

A prevalência dessa última forma de integração constitui o mal da modernidade, que Habermas denomina *colonização do mundo da vida*, ensejando assim a tentativa de resgate das condições de moralidade e conseqüente legitimidade social. Proposta que “será formulada por Habermas através do conceito de agir comunicativo, uma vez que, de através dele, todo entendimento, toda integração social dar-se-á por meio de uma linguagem intersubjetivamente compartilhada que acopla critérios públicos de racionalidade”²⁵.

O desequilíbrio na tensão entre sistema e mundo, designado como um processo colonizador, assume feições concretas no confronto entre as perspectivas marxista e habermasiana. A construção teórica de Karl Marx funda-se na noção de *dialética materialista*, a qual tem por pressuposto a análise das relações materiais da vida, que caracterizam a sociedade civil²⁶ e seu movimento histórico. Tais relações são aquelas firmadas com o intuito de satisfazer necessidades humanas involuntárias, compondo a *estrutura* do sistema; ao passo que a sociedade civil é tomada como a esfera em que os possuidores de mercadorias interagem ou onde se dão as relações materiais da vida, formando a *superestrutura*. As consciências política e jurídica são, portanto, sempre decorrentes de fatos econômicos, não interessando inicialmente à construção de uma teoria calcada na idéia de determinismo econômico.

²⁴ PINTO, 1996, p. 80.

²⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em habermas**. 2. ed.. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 117.

²⁶ “A ‘sociedade civil’ corresponde ao nível onde se dá ‘o relacionamento dos possuidores de mercadorias’, ‘as relações materiais da vida’ ou o ‘metabolismo social’. Ela constitui a *antomia* ou a *base* da estrutura social. Mas a *sociedade burguesa* (o termo alemão é, também, como se viu, *bürgerliche Gesellschaft*) reúne, para Marx, não somente o modo *burguês* de produção como também as relações jurídicas, o Estado burguês, etc., que implica. Em sua realidade histórica, a *bürgerliche Gesellschaft* é a sociedade capitalista, com todas as formações sociais que lhe são próprias.” (MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 27-32, p. 29, nota 15).

Habermas²⁷ critica a tese marxista, aduzindo que embora nas primeiras etapas do capitalismo tenha se verificado a total ingerência do sistema econômico sobre as demais esferas sociais, tal constatação não se aplica à fase avançada de seu funcionamento, denominada capitalismo tardio²⁸. Segundo ele, a evolução histórica demonstrou a falsidade da suposição marxista, de que o capitalismo seria capaz de se auto-regular eternamente, e, em função das crises verificadas em seu próprio seio, o Estado viu-se obrigado a intervir na sociedade, provocando o desfazimento das fronteiras próprias da luta de classe. Com isso, algumas questões antes relacionadas à economia, a exemplo da determinação dos salários, acabam fluindo para campos como a política, a qual “passa a constituir, no interior do paradigma habermasiano da comunicação, uma dimensão prático-moral capaz de estabelecer os fundamentos da emancipação humana”²⁹.

Uma das principais diferenças entre as concepções apontadas reside na aceitação da formação da vontade coletiva. Como ressalta Leonardo Avritzer³⁰, a imposição econômica em que se ampara a teoria marxista impede a visualização da constituição de uma vontade que supere a esfera individual. Isto ocorre, porque o comportamento dos sujeitos estaria sempre e apenas guiado pela necessidade da consecução de meios para a satisfação de suas necessidades pessoais, de forma que qualquer manifestação coletiva significaria nada mais do que a soma de vontades particulares eventualmente coincidentes.

As noções marxistas contrariam frontalmente a proposta habermasiana, segundo a qual é possível que o indivíduo fundamente sua ação em outros requisitos, que não os de caráter meramente econômico. Pautado na idéia de ação comunicativa, Habermas admite que o homem seja capaz de justificar seu comportamento não só por interesses particulares, mas também direcionado ao entendimento. Circunstância correspondente à pretensão de atingir resultados justos e corretos a partir de discussões

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2. ed. Traduzido por Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002a, p. 39-56.

²⁸ A noção de capitalismo tardio opõe-se à posição liberal. Enquanto esta pressupõe um sistema econômico auto-organizado e auto-regulado, aquela outra perspectiva assenta-se na existência de um Estado apto a intervir no mercado para corrigir as distorções provenientes do livre desenvolvimento das relações entre capital e trabalho.

²⁹ AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia**: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996, p. 27.

³⁰ AVRITZER, 1996, p. 28-33.

estabelecidas em ambientes democráticos, em que se faça possível o reconhecimento da alteridade e, a partir daí, a obtenção de consensos moralmente válidos, representativos de uma vontade coletiva.

2.2.1 A validade discursiva

A ação comunicativa impôs ao pensamento filosófico da modernidade importante alteração de seu eixo de investigação, o qual deixa de estar apoiado sobre a consciência individual para adotar uma perspectiva intersubjetiva.

No que diz respeito à linguagem, a Habermas interessa mais a investigação das condições discursivas em que se encontram os sujeitos e o contexto de sua fala, do que o estudo de sua estrutura. Por esse motivo, decompõe os atos de fala nos seguintes elementos: (1) o *proposicional* denota a relação entre a realidade e o conteúdo da fala, sua capacidade de expor estados de coisas; (2) o *ilocucionário* representa a capacidade de instituir relações interpessoais; e (3) o *lingüístico* revela a intenção dos falantes³¹. O segundo deles assume lugar de destaque na *teoria da ação comunicativa*, pois revela o papel essencial da linguagem na constituição da coletividade.³²

É por inserir-se no mundo da vida que a fala assume feição ilocucionária. Isto ocorre, porque o ser humano não costuma direcionar naturalmente sua ação para o entendimento e sim para a satisfação de interesses pessoais, de modo que somente a circunstância de pertencer ao mundo da vida obriga-o a agir com vista à obtenção de acordos.

³¹ HABERMAS, 2002c, p. 434. A identificação dos elementos que compõem a estrutura dos atos de fala, nesta passagem do texto de Habermas, não coincide com a tipologia apresentada por Austin, segundo o qual os *atos de fala* classificam-se entre: (a) atos *locucionários*, que correspondem a orações enunciativas, com as quais se diz algo; (b) atos *ilocucionários*, que correspondem a ações de seu emissor, normalmente representadas pelo uso de verbos realizativos como te prometo, te ordeno, etc.; e (c) atos *perlocucionários*, que possuem também aspectos obrigacionais, tal qual ocorre nas decisões judiciais (ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998, p. 24)

³² HABERMAS, 1997, v. 1, p. 36.

A explicação para isso reside no fato de que toda motivação racional para o acordo assenta-se na possibilidade de “dizer não” à proposta que é apresentada coletivamente; possibilidade que, em sociedades marcadas pela complexidade e pela diferença, pode gerar profundo dissenso e a inviabilidade da integração por meio não violento. Apenas num espaço em que toda pretensão de validade está atrelada à noção de consenso e condicionada ao respeito de requisitos democráticos a coesão social não violenta estaria garantida. O que se dá no mundo da vida.³³

Aproximando-se da idéia weberiana de tipo ideal³⁴, Habermas analisa as condições de validade discursiva a partir da descrição de uma comunidade ideal de fala. Trata-se de um ambiente ilusório, onde se pressupõe estarem presentes todos os elementos essenciais à formação de consensos válidos, e seu fundamento último é a plena realização do ideal democrático.

Tanto a moral quanto o direito são tomados como sistemas normativos advindos de atos de comunicação operados no mundo da vida, acerca dos quais é preciso estabelecer bases de validação que permitam atribuir-lhes caráter universal. “Estão inscritos em todo discurso pressupostos transcendentais. Estes resultam do fato de que as expectativas pressupostas na ação lingüística orientada para o entendimento são exigidas em toda situação ideal de fala”³⁵.

Os pressupostos do discurso consistem na inteligibilidade, veracidade, verdade e respeito à participação de todos os sujeitos que integram a comunidade de fala, os quais traduzem o ideal democrático e foram sintetizados no princípio universalizante (“U”):

Que uma norma só é válida quando as consequências presumíveis e os efeitos secundários para os interesses específicos e para as orientações valorativas de cada

³³ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 40-41.

³⁴ Trata-se de modelos científicos de comparação frente à realidade, constituídos pela otimização das características essenciais e ideais do objeto observado. Quanto a sua utilização, é evidente a improbabilidade de que a realidade venha a se equiparar a um tipo ideal puro, mas não há como negar a contribuição desta proposta para o alcance de um método (até certo ponto) universal de investigação da realidade social. Juan Carlos Agulla destaca que “los *tipos ideales* son conceptos contruidos racionalmente a partir de la experiencia, que contienen los caracteres más generales y típicos de la acción. Es decir, son elementos obtenidos dela realidad empírica pero en su conjunto son extraños a ella. Son como una caricatura: muestran los rasgos más importantes, exagerándolos.” (AGULLA, Juan Carlos. **Teoría sociológica**. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 207-208)

³⁵ LUDWIG, Celso Luiz. **Razão comunicativa e direito em Habermas**. Curitiba: UFPR, 1997. Retomada da exposição feita por ocasião do Seminário “A Escola de Frankfurt e o Direito”, realizado em julho/97 (trabalho não publicado).

um, decorrentes do cumprimento geral dessa mesma norma, podem ser aceitos sem coação por todos os atingidos em conjunto.³⁶

De acordo com o *princípio da inteligibilidade*, o discurso deve ser compreendido pela totalidade dos membros da sociedade em que está sendo implementado. Trata-se, portanto, de análise lingüística, inafastável diante da necessidade do consenso, pois este só surgirá validamente quando cada indivíduo participante daquele processo puder se fazer compreender pelos demais, bem como internalizar o conteúdo das manifestações do *outro* e aquelas resultantes da vontade da maioria. Conteúdo ao qual sabe estar submetido desde o momento em que aceitou viver socialmente.

A *veracidade* traduz-se na sinceridade que deve estar presente durante a formação do discurso. De nada adiantaria a compreensão de seu conteúdo se as intenções manifestadas na discussão que o precedeu forem mentirosas. Primeiro, porque ninguém age contra sua própria vontade ou contra a vontade da maioria, o que fatalmente ocorreria se fosse conferida validade a uma fala obtida a partir de elementos destituídos de sinceridade. Depois, porque a mentira macula a própria idéia de consenso, na medida em que vicia as manifestações de vontade.

Quanto a este segundo princípio, deve-se considerar que cada indivíduo tem seus motivos para aceitar ou negar o discurso defendido pelos demais e, ainda, que tomará esta atitude baseado em argumentos apresentados no ambiente de discussão. Isso justifica a insistência habermasiana com relação à sinceridade das manifestações proferidas na esfera pública, pois os resultados de um consenso podem ser prejudicados diante de um discurso não sincero.

Na teoria do discurso, a *verdade* é interpretada em sentido formal, como um resultado a ser obtido consensualmente. Todavia, é necessária uma conformação mínima com o mundo fático-objetivo, para que a comunidade não caia em contradição lógico-performativa. Nesse ponto, Habermas destaca a imbricação existente entre o objeto e o sujeito que o descreve, chamando a atenção para o caráter instituidor e transformador da linguagem. Em suas palavras:

³⁶ HABERMAS, 2002c, p. 56.

[...] na compreensão de enunciados elementares relativos a estados ou acontecimentos no mundo, a linguagem e a realidade se interpenetram de uma forma que, para nós, é *indissolúvel*. Não existe nenhuma [*sic*] possibilidade natural de isolar as limitações impostas pela realidade que fazem verdadeiro um enunciado, das regras semânticas que estabelecem as condições de verdade dele mesmo. Só podemos explicar o que é um fato com ajuda da verdade de um enunciado sobre fatos; e o que é real só podemos explicá-lo em termos do que é verdadeiro. *Ser* é, como disse Tugendhat, *ser verdadeiro*. [...] Dado que não podemos confrontar nossas orações com nada que não é, ele mesmo, impregnado lingüisticamente, não podem distinguir-se enunciados básicos que tiveram o privilégio de legitimar-se por si mesmos e puderam servir como base de uma cadeia linear de fundamentação.³⁷

Por fim, a validade do discurso repousa sobre o *princípio democrático*, que será alcançado quando observados os critérios de ampla e irrestrita participação dos indivíduos nas esferas públicas de discussão. Para tanto, não basta que os sujeitos estejam presentes no momento do debate ou que seja garantida sua não exclusão arbitrária do grupo, fazendo-se necessária a proteção ao direito de livre manifestação de sua vontade. Essa perspectiva fundamenta a concepção de democracia deliberativa, cujas dimensões centrais correspondem à pretensão de conciliação entre a soberania popular e o Estado de direito, tanto quanto ao enfoque no momento dialógico de justificação das decisões políticas³⁸.

Habermas sugere a procedimentalização da democracia em nível societário, constituindo-a como o substrato normativo da política na medida em que a obediência a seus processos, tal qual anteriormente explicitados, confere à comunidade a capacidade de autolegislação³⁹. Nessa esteira, pressupondo que a ação comunicativa traz, em si, competências morais de determinação da vontade coletiva, é de se concluir que a democracia será tanto mais aprofundada quanto mais enfronhada no contexto do mundo da vida.

³⁷ Tradução livre da versão espanhola: “Incluso en la comprensión de enunciados elementales relativos a estados o sucesos en el mundo, el lenguaje y la realidad se interpenetran de una forma que, para nosotros, es *indisoluble*. No existe ninguna posibilidad natural de aislar las limitaciones impuestas por la realidad que hacen verdadero un enunciado, de las reglas semánticas que establecen las condiciones de verdad del mismo. Sólo podemos explicar lo que es un hecho con ayuda de la verdad de un enunciado sobre hechos; e lo que es real sólo podemos explicarlo en términos de lo que es verdadero. *Ser* es, como dice Tugendhat, *ser veritativo*. [...] Dado que non podemos confrontar nuestras oraciones con nada que no esté, ello mismo, impregnado lingüisticamente, non pueden distinguirse enunciados básicos que tuvieran el privilegio de legitimarse por sí mismos y pudieran servir como base de una cadena lineal de fundamentación” (HABERMAS, Jürgen. **Verdad y justificación: ensayos filosóficos**. Traduzido por Pere Fabra e Luis Díez. Madrid: Trotta, 2002, p. 237).

³⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: Um estudo sobre o papel o direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Tese de doutorado. UERJ. Rio de Janeiro: 2004, p. 48.

³⁹ AVRITZER, 1996, p. 46-47.

A violação de qualquer dos requisitos mencionados macula a validade discursiva, seja pela constatação de sua inverdade, ilegitimidade ou ausência de veracidade de seu conteúdo.

O ouvinte pode negar *in toto* a manifestação de um falante, ao contestar quer a *verdade* do enunciado nela firmado (ou das pressuposições de existência do conteúdo de seu enunciado), quer a *justeza* do ato de fala em relação ao contexto normativo da manifestação (ou a legitimidade do próprio contexto pressuposto), quer a *veracidade* da intenção manifesta do falante (isto é, a adequação entre o que deseja dizer e o que diz)⁴⁰.

Compreendida a fundamentação discursiva da proposta habermasiana, é possível concluir que “na razão prática corporalizada em procedimentos e processos”⁴¹ está inscrita a referência a uma justiça (entendida tanto em sentido moral quanto jurídico) que *aponta para além* do *ethos* concreto de determinada comunidade ou da interpretação de mundo articulada em determinada tradição ou forma de vida”⁴². Com isso, evidencia-se a tensão entre facticidade e validade, que determinará o conteúdo direito e de seu papel na realização da justiça.

2.2.2 Configuração procedimental do direito

Toda análise de fundamentação, estrutura e funcionamento do direito deve levar em conta que, na concepção habermasiana, ele constitui o elemento de ligação entre o sistema e o mundo da vida.

Procurando acrescer à compreensão pragmática da sociedade uma dimensão de validade, Habermas impõe a observação de procedimentos normativos cuja linguagem é própria do direito. Não se trata de superar ou simplesmente abandonar a factibilidade inerente ao sistema, mas de somá-la aos aspectos discursivos

⁴⁰ HABERMAS, 2002c, p. 435.

⁴¹ Parece possível associar a noção de “razão prática corporalizada em procedimentos e processos” à de “razão comunicativa”, na qual se baseia a teoria habermasiana. “A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 20).

⁴² HABERMAS, 2002b.

próprios do mundo da vida. Por esse motivo, seu estudo acerca do direito restringe-se à esfera jurídico-positiva. Somente nela é possível apreender concretamente a possibilidade de integração entre as instituições e a organização próprias do sistema e as determinações decorrentes da participação subjetiva em esferas públicas de discussão. A normatividade transita entre estes dois ambientes, de modo a tornar possível a legitimação pelo procedimento.

O ideal de justiça, que acompanha o direito desde seu surgimento, é encarado pela teoria habermasiana sob a perspectiva exclusivamente procedimental. Ele não se confunde com qualquer escolha referente aos valores guias da vida humana, mas tão-somente com o respeito ao princípio democrático, que assegura a todo ser humano a possibilidade de ingressar, participar e se retirar da esfera pública.

Disso resulta a conclusão de que direito e moral são coisas distintas, pois esta se restringe ao âmbito subjetivo enquanto o primeiro diz respeito a determinações de caráter intersubjetivo — isto é, obtidas por meio ações e negociações reguladas pelo procedimento. Não que o direito deixe de contemplar ações subjetivas, mas o aspecto não-cognoscitivo dos motivos que ditam tais escolhas impede a sistematização necessária do conhecimento acerca da integração entre sistema e mundo da vida. Neste horizonte, é preciso apenas não perder de vista a noção da co-originalidade entre direito e moral, representada pela compreensão de que ambos surgem da livre manifestação da vontade humana, que somente atinge diferenciação diante da pretensão de validade da qual se imbuem as ações praticadas naquela primeira esfera.

Ao falar da transcendência da realidade pelo procedimento, Habermas identifica no direito o meio apto a promover a integração legítima entre a facticidade e a validade. Neste sentido, “o *medium* do direito apresenta-se como um candidato para tal explicação, especialmente na figura moderna do direito positivo. As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado”⁴³.

No direito encontram-se as determinações irracionais próprias do sistema e a exigência de internalização normativa a partir do consenso validamente obtido. A

⁴³ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 25.

aceitação deste argumento implica o abandono de concepções que insistem em sua subordinação a motivações exclusivamente econômicas ou burocráticas, uma vez que sua origem também passa a estar vinculada à *solidariedade* própria dos ambientes de comunicação.

Na dimensão de validade do direito, a facticidade interliga-se, mais uma vez, com a validade, porém não chega a formar um amálgama indissolúvel — como nas certezas do mundo da vida ou na autoridade dominadora de instituições fortes, subtraídas a qualquer discussão. No modo de validade do direito, a facticidade da *imposição* do direito pelo Estado interliga-se com a força de um processo de *normatização* do direito, que tem a pretensão de ser racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade. A tensão entre esses momentos, que permanecem distintos, é intensificada e, ao mesmo tempo, operacionalizada, em proveito do comportamento.⁴⁴

O direito promove a ligação entre o sistema e o mundo da vida, pois sua validade e eficácia dependem da presença de duas circunstâncias essenciais: a sanção e a legitimação.

A primeira é imposta pelo Estado e suas relações de poder, estando vinculada à noção de sistema. Garante o respeito ao direito pela coação (força física). Mas é certo que a sanção não satisfaz em todas as medidas sua explicação, exigindo, portanto, a investigação das razões pelas quais, em determinados casos, os indivíduos se submetem voluntariamente ao direito.

Daí porque falar na necessidade de legitimação, ou seja, na discussão pública e na constituição de consensos representativos da aceitação da ordem jurídica vigente. Este é o ambiente próprio do mundo da vida, onde prevalecem as relações dialógicas e as ações conscientes dos sujeitos, sejam elas voltadas ao entendimento ou meramente guiadas pelo interesse.

De acordo com Luiz Moreira⁴⁵:

A característica básica do Direito moderno, na opinião de Habermas, é a exigência, a um só tempo, de positivação e de fundamentação, o que, para ele, vai possibilitar o aumento das vias de fundamentação, como também de um apelo não apenas à esfera jurídica quando da pergunta pela fundamentação, mas à pergunta pela instância moral que dá sustentação e validade ao ordenamento jurídico. E para ele fica muito claro o porquê da desconexão entre sistema e mundo da vida. Ao ser entendido simplesmente como um *medium* regulativo, logo, como um instrumento que, através da ameaça de

⁴⁴ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 48.

⁴⁵ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2. ed.. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 61.

sanção, garante a convivência entre as pessoas, não se levanta a pergunta pela fundamentação, mas apenas pela gênese de sua formação em termos processuais. Assim sendo, a desconexão entre sistema e mundo da vida harmoniza-se com a estrutura do Direito.

A facticidade e a validade relacionam-se dinamicamente no interior do direito. Diante da exigência de legitimação, que questiona sua imposição arbitrária e vincula a efetividade do ordenamento à internalização subjetiva das normas vigentes, tais elementos ocupam pólos opostos na discussão.

A sanção — característica da facticidade — não é suficiente para a justificação da validade do sistema, sendo necessária a adoção de procedimentos democráticos capazes de convencer os sujeitos a se submeterem à determinada ordem normativa, garantindo assim uma integração social não violenta. Por outro lado, deve-se considerar que a facticidade, representada pela existência de meios de coação próprios do direito, em certa medida, induz à participação em espaços públicos de discussão para fins de estabelecimento de consensos que permitam uma convivência social pacífica.

Quando age, o sujeito pode mover-se por interesses particulares ou com vista ao entendimento, circunstância em que influenciará e se deixará influir pelas manifestações de outros sujeitos. Acontece que, somente o contexto do mundo da vida, cujo pano de fundo estampa a idéia de consenso, é capaz de levar o ser humano a renunciar a seus interesses em prol da coletividade. E isto pode ser observado na forma pela qual a norma jurídica é interpretada.

Um indivíduo que deseje pautar seu comportamento em interesses particulares procederá a uma interpretação objetiva, encarando a norma como um limite fático de sua ação. Neste primeiro modo, a liberdade parece ser contemplada acima de qualquer outro valor. Outra seria a forma de interpretação caso seu comportamento estivesse direcionado ao entendimento; nesta hipótese, a norma assume caráter performativo, não apenas limitando, mas também determinando o modo de agir dos sujeitos.⁴⁶

Na concepção habermasiana, a noção de liberdade é encarada como a possibilidade de igual participação dos sujeitos nas esferas de discussão em que o

⁴⁶ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 51-52.

conteúdo da norma será determinado. Trata-se de pressuposto formal de constituição da ordem jurídica, cujo respeito determinará a extensão da noção de reconhecimento e a possibilidade de emancipação social.

Quanto maior a garantia de participação em espaços de discussão, maiores serão as possibilidades de fazer com que os sujeitos reconheçam reciprocamente as particularidades de cada um e construam, a partir daí, uma realidade representativa de interesses coletivos, já desvinculados da vontade subjetiva dos seres que integram a comunidade. “Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo.”⁴⁷

Parece possível considerar, a partir da teoria da ação comunicativa e da observação de que vivemos numa sociedade complexa e dinâmica, que o direito torna evidente a mútua influência entre o sistema e o mundo da vida, a técnica e a ação, de modo que (a) a sanção só poderá ser efetivamente imposta se amparada em processos de legitimação e (b) a manutenção de uma ordem jurídica legítima (confluência de interesses e ações individuais), numa sociedade marcada pela complexidade, verificar-se-á também pelo fato dos indivíduos estarem premidos pela coação estatal. A variação dos níveis de influência entre os dois componentes sociais — sistema e mundo da vida — dependerá da espécie de direito em questão e da exigência de ações negativas ou positivas por parte do Estado.

2.2.3 *Autonomia em diferentes contextos de comunicação*

A complexidade social exige o estabelecimento das fronteiras de contemplação de interesses particulares e coletivos, sempre marcado pela necessidade de integração entre a liberdade de ação atribuída a cada indivíduo e a igualdade correspondente à realização da justiça.

⁴⁷ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 54.

Não se trata de tarefa fácil e tampouco já cumprida pela doutrina; ao contrário, as dificuldades inerentes ao tema se revelam na própria fragilidade do balanceamento entre direitos subjetivos e públicos ou mesmo na relação controvertida entre direitos humanos — abordados em sua origem histórica, a partir da perspectiva liberal — e soberania popular.

Na visão habermasiana, algumas concepções tendem, equivocadamente, a direcionar o direito à satisfação prevalecente de uma única categoria de interesses; isto é, ou se posicionam a partir dos chamados direitos subjetivos e humanos, defendendo a idéia particularista de uma autodeterminação moral, ou a partir dos direitos públicos e da soberania popular, destacando a necessidade da subordinação de interesses privados ao coletivo. Contudo, sua teoria pretende superar a dicotomia apresentada, promovendo, a partir da ação comunicativa, a integração entre as esferas de ação privada e pública.

Habermas esclarece que a ação comunicativa revela a existência de esferas de autonomia privada e pública, representadas a partir das noções de direitos fundamentais e soberania popular, respectivamente. Os primeiros apresentam-se como um núcleo de direitos subjetivos — também denominados liberdades públicas —, que garante a cada sujeito o livre exercício de sua ação, protegendo-o contra os desmandos de seus semelhantes e do próprio Estado. Em sentido contrário deve ser compreendida a soberania do povo, cujas resoluções resultam de ações subjetivas coordenadas, sempre voltadas para o entendimento.

Enquanto a autonomia privada parece percorrer os caminhos da moral, que é inerente à compreensão individual do mundo, a autonomia pública assenta suas bases sobre princípios ético-discursivos, próprios de procedimentos democráticos.

À luz da teoria do discurso, o princípio moral ultrapassa os limites históricos casuais, diferenciados socialmente, traçados entre domínios vitais públicos e privados; nela se leva a sério o sentido universalista da validade das regras morais, pois se exige que a aceitação ideal de papéis — que, de acordo com Kant, todo indivíduo singular realiza *privatim* — seja transportada para uma prática pública, realizada em comum por todos.⁴⁸

⁴⁸ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 144-146.

Existem três diferentes níveis de ação a serem compreendidos nesta seara: o moral, o ético e o político. O primeiro corresponde às ações que, embora revelem um comportamento conscientemente voltado à realização do bem comum, originam-se de visões subjetivas e universalizantes do mundo. Para a delimitação de seu conteúdo pode-se recorrer ao imperativo categórico kantiano, segundo o qual um comportamento será considerado moralmente correto na medida em que o sujeito que age o faz considerando ser isto o esperado pelos demais membros da sociedade.

Apesar de buscar o que é bom para *todos*, a definição do que seja moralmente correto está invariavelmente atrelada a escolhas individuais. Sua diferença em relação à ética reside no fato de que esta não traduz o que seja bom para todos, mas o que seja bom para *nós*. Este nível de ação corresponde à soma de ações individuais para fins de satisfação de interesses também individuais.

Somente no nível político — ou ético-político — seria possível falar na existência de uma vontade coletiva autônoma, formada a partir da interação decorrente dos diversos contextos de comunicação. Trata-se aqui de uma perspectiva não mais subjetiva, mas que, pela obediência a requisitos democráticos de participação discursiva, permite a visualização de uma esfera comportamental autônoma, estabelecida intersubjetivamente e que, a partir de sua criação, deixa de estar sujeita à interferência de escolhas individuais.

A assunção da perspectiva intersubjetiva faz com que a legitimidade normativa passe a estar vinculada ao cumprimento do princípio democrático, pelo qual se justificam racionalmente as escolhas procedidas sobre questões práticas, em contraposição ao princípio moral, que serve à justificação de questões morais.

Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição *interna* de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.⁴⁹

Aqui reside a exata distinção entre moral e direito e, conseqüentemente, entre as decisões que devem ser atribuídas à autonomia privada e à autonomia pública.

⁴⁹ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 146.

Enquanto as questões morais sobrecarregam o indivíduo, em virtude de sua indeterminação cognitiva, excessiva vinculação à vontade do sujeito e dificuldade de imposição em caráter universal; o direito caracteriza-se pela sistematização de suas motivações — fruto do trabalho parlamentar, jurisprudencial e doutrinário — e pela organização que permite a imposição de suas determinações ainda que contra a vontade individual.⁵⁰

A distinção apresentada não significa, todavia, que a autonomia privada esteja à margem do direito. Ela estará contemplada sempre que se permitir ao sujeito agir guiado pelo interesse no sucesso e não pelo interesse no consenso. É fácil visualizá-la em enunciados que asseguram o *status libertatis*, anunciados como direitos negativos.

De acordo com suas determinações, todo sujeito poderá agir livremente, se necessário, invocando a proteção do Estado — até mesmo contra o próprio Estado — sempre que sentir invadida sua esfera privada de ação. Sua ação não possui conteúdo pré-definido ou consentâneo com uma determinação coletiva da vontade, mas apenas uma fronteira: a lei. Trata-se de situação oposta àquela gerada pelo direito característico da autonomia pública. Neste caso, a ação não apenas encontra limite na lei, mas tem seu próprio conteúdo determinado por ela.

A decisão de passar de um plano de ação privada para universos públicos de comunicação é marcada pela disposição individual de “ligar a coordenação de seus planos de ação a um consentimento apoiado nas tomadas de posição recíprocas em relação a pretensões de validade e no reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos **em comum** pelos partidos participantes”⁵¹. Com isso, Habermas destaca a força perlocucionária⁵² dos discursos inerentes à esfera pública e da dimensão da autonomia, seja ela pública ou privada.

O sujeito pode escolher não participar de ambientes de discussão, colocando-se na posição de mero observador. Contudo, caso deseje participar, deve ter sua liberdade garantida na mesma medida dos demais, de maneira que possa integrar

⁵⁰ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 150-154.

⁵¹ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 156.

⁵² Habermas utiliza a expressão obrigações ilocucionárias, aqui substituída pelo termo perlocucionárias, para indicar as consequências da escolha subjetiva referente à participação em ambientes públicos de discussão. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 156)

os espaços discursivos e expressar sua vontade de forma livre e sincera. Nesse norte, é de se concluir que a pretensão de validade dos atos de fala está submetida à garantia de participação subjetiva na esfera pública, traduzida em princípios democráticos.

A opção pela participação — que é decorrente da autonomia privada⁵³ — cria para o sujeito a obrigação de obedecer às decisões provenientes da esfera pública, pois todo aquele que age publicamente o faz com pretensão de validade e esta somente pode ser concebida a partir da estabilidade e do respeito a seus procedimentos. No momento em que o consenso é validamente obtido, seu conteúdo deixa de estar ao alcance de escolhas individuais, assumindo feições obrigacionais que amarram a autonomia privada às determinações de uma esfera pública, também autônoma.

2.3 Direitos fundamentais e ação comunicativa

Habermas atribuiu ao direito uma nova condição de legitimação, caracterizada pelo respeito às condições de participação subjetiva em ambientes de discussão. Sob esse aspecto, o uso da linguagem e as regras do discurso tornam-se elementos essenciais no estudo do direito. São estes os fatores que determinarão a capacidade e o grau de proteção conferido por determinado estatuto histórico, independente das diferenças verificadas quanto às condições concretas de vida de cada ser humano.

A partir da compreensão de que direitos fundamentais são normas incorporadas à Constituição e de que sua configuração resulta de comunicações condicionadas pelo processo democrático, é possível apontar a existência de condições de legitimidade diferentes da mera verificação de sua legalidade. Assim, ao invés de observar apenas elementos de ordem técnica, sua verificação passa a exigir a consideração de elementos discursivos, ou seja, de uma dimensão política que permeia a criação, a interpretação e a aplicação do direito.

⁵³ Segundo Habermas, “a autonomia privada de um sujeito do direito pode ser entendida essencialmente como a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influência recíproca.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 156)

A questão da legitimação constitui uma das preocupações centrais das anotações fragmentárias de Max Weber, a partir das quais Habermas analisará o processo de racionalização do direito e seu funcionamento diante dos diferentes contextos discursivos da sociedade e do Estado. A originalidade do método weberiano está justamente na consciência de que os fatos analisados não possuem uma significação própria e antecedente, mas apenas aquela que lhe é atribuída pelo cientista e pelo contexto da realidade em que ambos — objeto e observador — encontram-se imersos⁵⁴.

Weber sustenta que a sociedade atual é marcada pelo processo de *desencantamento do mundo*. Fenômeno caracterizado pela perda do sentido ontológico da ação social, decorrente do uso crescente da racionalidade lógico-instrumental. “Em cada uma dessas esferas institucionais, a racionalização produziu a despersonalização das relações sociais, o refinamento da técnica de cálculo, o aumento da importância social do conhecimento especializado e a extensão do controle tecnicamente racional, tanto de processos naturais quanto de processos sociais”⁵⁵. Não há um sentido único de progresso em sua implementação. Ao contrário, existem diferentes perspectivas sob as quais os processos de racionalização podem ser analisados, o que determina que ele seja, em alguns casos e de acordo com a espécie com a qual se está lidando, considerado um retrocesso social.

Três tipos de ação social são por ele identificados: tradicional, afetiva e racional. As duas primeiras não estão sujeitas à verificação por padrões racionais lógicos, uma vez que determinadas pelo costume e pela emoção, respectivamente. A ação racional, por sua vez, orienta-se em razão dos valores ou dos fins a serem alcançados.⁵⁶ Esta última corresponde ao tipo ideal da ação social, porque representa o grau máximo de consciência da relação entre a adequação dos meios utilizados e os objetivos a serem alcançados pelo sujeito.

Ao instituir padrões de calculabilidade dissociados dos valores particularmente adotados pelo sujeito que age, a ação racional permite a objetivação da

⁵⁴ COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. **Max Weber e a história**. Traduzido por Eduardo Biavati Pedro. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 71.

⁵⁵ ARGÜELLO, Katie Silene Cárceres. **O ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 15.

⁵⁶ AGULLA, 1987, p. 208.

conduta social, mas sem deixar de resgatar o sentido perdido com o advento da razão lógico-instrumental. Suas principais características são o monopólio da violência legítima, a crescente burocratização e o conflito sempre presente entre a política e a burocracia⁵⁷.

A crítica habermasiana à referida proposta tem como principal fundamento a preocupação estritamente formal com que Weber descreve a legitimação, o que acaba por confundi-la com a legalidade e a afasta da esfera política⁵⁸. De acordo com Jessé Souza⁵⁹:

O lugar central do direito na teoria habermasiana da modernidade, assim como na sua crítica a Weber, decorre precisamente do fato de que a ele cabe efetuar, no mundo moderno, a comunicação entre esses dois momentos. Para Habermas, Weber percebe unicamente a problemática da institucionalização do aspecto racional-instrumental, deixando de contemplar a institucionalização do momento prático-normativo no mundo contemporâneo. A causa principal dessa desatenção é a desvinculação entre direito e moralidade ou, o que é o mesmo em outras palavras, entre legalidade e legitimidade. [...] Para Habermas, legalidade pode produzir legitimidade apenas na medida em que a ordem jurídica institucionaliza procedimentos abertos a um discurso moral. O argumento habermasiano contra o positivismo jurídico, seja de um Weber, seja de um Luhmann, fundamenta-se numa análise histórica do direito como uma esfera que se define por meio de uma unidade tensa entre imparcialidade e instrumentalidade ou, em outras palavras, entre moral e direito.

Quando a questão diz respeito a direitos incorporados ao ordenamento jurídico interno — tal qual os direitos fundamentais —, a investigação referente à ação comunicativa e seu papel na constituição, interpretação e aplicação normativas supera a análise dos ambientes particulares de discussão, atingindo as próprias esferas de poder do Estado. Isso ocorre, porque a positivação faz com que toda determinação incorporada à ordem jurídico-positiva tramite em cada um dos poderes estatais, a fim de receber parcelas de contribuição para sua formação.

Em virtude de sua necessária utilidade e coerência, os processos legislativos, judiciários e executivos prevêm formas diferenciadas de participação

⁵⁷ ARGÜELLO, 1997, p. 70.

⁵⁸ Weber sustenta que a política constitui atribuição específica daqueles que ocupam posições no parlamento, ou seja, da classe de políticos por vocação (WEBER, Max. **Parlamento e governo na Alemanha reordenada: crítica política da burocracia e da natureza dos partidos**. Traduzido por Karin Bakke de Araújo. Petrópolis: Vozes, 1993).

⁵⁹ SOUZA, Jessé. O direito e a democracia moderna: a crítica de Habermas a Weber. In: Edmundo Lima de Arruda Junior (org.). **Max Weber: direito e modernidade**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 203-204.

subjetiva, que privilegiam ações (a) voltadas ao entendimento, (b) de justificação e controle e (c) ações teleológicas.

Referindo-se aos princípios do Estado de direito e à lógica da separação de poderes, Habermas esclarece:

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. [...] Interpretado pela teoria do discurso (a), o princípio da soberania popular implica: (b) o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; (c) os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; (d) o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder.⁶⁰

A separação de poderes constitui uma das principais características do Estado moderno. Garantia contra o autoritarismo e o despotismo, a divisão de competências tem por principal objetivo a consecução do ideal democrático. Isso se dá por dois fatores: a distinção das tarefas atribuídas a cada um dos poderes possibilita, ao mesmo tempo, a autonomia de suas ações frente aos demais e o controle de legalidade dos procedimentos adotados em cada uma destas esferas; além disso, deve-se ter em conta que a especialização dos poderes engendra diferentes níveis e formas de participação nos espaços de discussão onde ocorrem suas ações.

2.3.1 A ação instituidora do legislativo

Para Habermas⁶¹, a esfera legislativa constitui um espaço de ampla participação política, na qual se verifica o embate entre diferentes e até mesmo opostas concepções partidárias acerca dos rumos e do conteúdo a ser atribuído ao sistema que regula a convivência social. No entanto, para isso é preciso que se garanta a

⁶⁰ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 213.

⁶¹ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 190-191.

participação geral nos espaços de discussão legislativa, de modo que todos possam colaborar para a formação pública da opinião e da vontade.

O respeito ao princípio do discurso assumirá, no desenvolvimento da atividade legislativa, o sentido cognitivo de filtragem dos argumentos que assegurem a aceitabilidade das leis e políticas adotadas e, numa segunda etapa, o sentido prático pertinente à produção de ações que visam ao entendimento.⁶²

Por serem impostas, as normas jurídicas serão válidas somente na medida em que se verificar sua validade e aceitação social⁶³, ou seja, quando o processo legislativo que lhe disser respeito obedecer às regras de participação discursiva abordadas pela *teoria da ação comunicativa*. Isto confere um aspecto histórico e contextualizado às normas jurídicas. Afinal, diferente dos argumentos que justificam ordens morais, o processo legislativo compreende a negociação acerca das obrigações que devem ser assumidas por seus participantes e não um mero acordo sobre obrigações já existentes⁶⁴.

Seu desenvolvimento pressupõe a mútua influência entre a razão e a vontade. Em outras palavras: o ato de negociação dispõe da capacidade de modificar concepções individuais autênticas, gerando manifestações autônomas da vontade coletiva⁶⁵. Segundo Luiz Moreira⁶⁶:

Por exercer uma função de integração social é que supomos que, com o processo legislativo, as pessoas abandonam a figura de um sujeito de direito solipsista para se constituírem como membros de uma comunidade jurídico-política livremente associada. Nessa comunidade jurídica, há dois modos de se chegar a um consenso sobre quais são os princípios normativos que regularão a convivência: o primeiro é através do acesso aos costumes; o segundo é através de um entendimento sobre que princípios devem ser reconhecidos como tais. Ora, com a coerção fática e a validade da legitimidade temos, agora, a possibilidade de superação dos direitos subjetivos por um pertinente processo legislativo em que se adota, no caso dos sujeitos de direito, uma participação que tem no entendimento seu lado mais forte.

As relações de poder constitutivas do direito precisam ser neutralizadas pelo jogo democrático, a ponto de proporcionarem tratamento equânime a seus

⁶² HABERMAS, 1997, v. 1, p. 190-191.

⁶³ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 195.

⁶⁴ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 197.

⁶⁵ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 205.

⁶⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 124.

sujeitos. Nessa missão, entra em cena uma concepção formal de direito fundamental, vinculada à proposta de regulamentação discursiva para a coordenação de ações guiadas por interesses plurais, na disputa por espaço no processo legislativo. O que requer a institucionalização do uso público das liberdades comunicativas.

O conceito de institucionalização refere-se a um comportamento esperado do ponto de vista normativo, de tal modo que os membros de uma coletividade social sabem qual comportamento eles podem estimular, em que circunstâncias e quando. No entanto, podem ser institucionalizados também procedimentos que determinam as regras segundo as quais uma cooperação deve transcorrer, a fim de dominar certas tarefas.”⁶⁷

A institucionalização diminui a possibilidade de alteração circunstancial das regras de participação, as quais são colocadas como pressuposto de legitimidade de todas as normas positivadas do ordenamento jurídico. Com ela, garante-se a não exclusão de minorias dos ambientes de discussão e, conseqüentemente, o controle das decisões tomadas por maioria. Esta determina o modo como se dará, em determinado tempo e espaço, a distribuição do poder, mas sua ação é limitada pela impossibilidade de vetar a participação das minorias e, com isso, a oportunidade de fazerem valer seus argumentos e pretensões. Tal forma de proceder é garantida pelos direitos fundamentais.

2.3.2 *A ação hermenêutica do judiciário*

O poder judiciário tem por função essencial a aplicação do direito. Para isso, sua ação está vinculada às determinações advindas do poder legislativo, embora suas decisões não correspondam, necessária e diretamente, aos indicativos resultantes do processo democrático.

A exigência de justificação impõe a toda decisão judicial a manutenção de sua coerência com a ordem legal em vigor, porquanto o conteúdo desta resulta de discussões travadas na esfera legislativa, das quais participam — ou ao menos

⁶⁷ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 221.

deveriam participar — todos os sujeitos sociais, independente de sua adesão à posição da maioria.

Ao exercer seu poder jurisdicional, o juiz aplica ao caso concreto as normas abstratas dadas pelo poder legislativo. Atribui conteúdo concreto e contextual aos dispositivos legais, concebidos como textos sempre abertos à interpretação e que, portanto, podem apresentar variados sentidos, de acordo com as premissas adotadas pelo intérprete e as circunstâncias do caso em exame. Daí a necessidade da justificação da decisão judicial e sua inserção no rol de garantias constitucionais⁶⁸.

A justificação tem três funções essenciais: convencer as partes envolvidas num processo judicial quanto às razões da decisão, proporcionar-lhes o exercício de seu direito de defesa e demonstrar a coerência da prestação jurisdicional frente ao ordenamento jurídico.

Quando se fala que o poder judiciário não tem suas ações determinadas por práticas democráticas, quer-se apenas dizer que suas decisões não resultam diretamente dos embates políticos inerentes às esferas públicas de discussão, tal qual ocorre na esfera legislativa. Ao decidir, o juiz precisa amparar sua posição em argumentos suficientemente convincentes e, para isso, busca amparo na doutrina, que representa o conhecimento sistematizado acerca do direito e sua interpretação.

A institucionalização também está presente na esfera judiciária, através da sistematização doutrinária de modelos de interpretação e da adoção de formas obrigatórias para a exteriorização de decisões judiciais. Trata-se de elementos facilitadores da instituição de controles internos e externos da atividade jurisdicional, porquanto permitem sua fiscalização por meio da comparação com um comportamento esperado e, assim, a possibilidade de participação dos sujeitos nessa via. Nela está assentada a idéia de segurança jurídica, que representa a dimensão factual do direito e, especificamente, da jurisdição.

Segundo Habermas, “a tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica

⁶⁸ Conforme disposto no art. 93 da Constituição brasileira: “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

e a pretensão de tomar decisões corretas”⁶⁹. Isto significa dizer, que não basta à atividade jurisdicional assegurar a estabilidade de suas decisões, através da adoção de expectativas comportamentais estabilizadas. É preciso legitimá-las, demonstrando aos jurisdicionados sua correspondência com as normas resultantes do processo legislativo, de modo a fazer com que sejam respeitadas e não apenas impostas.

2.3.3 A ação teleológica do executivo

Enquanto ao judiciário e ao legislativo competem, respectivamente, as tarefas de fundamentação e aplicação da norma, o poder executivo — ou melhor seria dizer a administração pública — assume o desígnio de fazê-las cumprir. Sua tarefa é de ordem pragmática e teleológica, já que as decisões administrativas não são marcadas pela observação direta das regras de participação discursiva, embora estejam sempre pautadas na legalidade das ações escolhidas⁷⁰. Circunstância que acaba por vinculá-las ao jogo democrático, mesmo por via indireta.

Do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da *distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos* e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos. [...] A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias — como é o caso dos sujeitos do direito privado.

Admitir que a administração pública tem sua ação limitada pelo respeito à legalidade significa dizer que seus processos de decisão também atendem a um certo nível de institucionalização e, por isso, estão sujeitos ao controle interno e externo. Determinações legislativas, portanto decorrentes de jogos democráticos, são seu marco inicial obrigatório. Ainda que comportem certo grau de discricionariedade, não

⁶⁹ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 245.

⁷⁰ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 216, 238-239.

admitem que as escolhas realizadas pelo administrador público contrariem o direito posto (ou pressuposto), mas apenas façam cumpri-lo.

Diferente dos poderes legislativo e judiciário, o executivo não dispõe de competência normativa. Sua ação é apenas teleológica, o que a restringe ao cumprimento das determinações emanadas de outras esferas do poder, nas quais preponderam os processos democráticos. Nesse norte, é possível afirmar que a teoria do discurso prevê uma insuperável assimetria entre os poderes do Estado, ao subjugar o executivo aos controles parlamentar e judiciário⁷¹.

⁷¹ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 300.

3 AÇÃO COMUNICATIVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Exposta a linha de argumentação habermasiana, especialmente no que tange ao papel integrador do direito no seio de sociedades complexas, é possível passar a uma segunda etapa da pesquisa. Trata-se da investigação referente aos direitos humanos e sua incorporação à ordem constitucional de cada Estado, onde adquirem o *status* de direitos fundamentais e, assim, passam a irradiar determinações para todo o ordenamento jurídico.

A abordagem do tema exige, em primeiro lugar, a compreensão do que sejam os direitos humanos e quais suas principais propostas de fundamentação. Isso permitirá explicitar o modo pelo qual eles passam a integrar a ordem jurídico-positiva, bem como a influência dos procedimentos democráticos sobre a determinação de seu conteúdo. Nesse contexto, destaca-se o entendimento de que a função dos direitos fundamentais supera a mera limitação do poder, para assumir a tarefa de legitimação do poder estatal e da própria ordem constitucional.⁷²

Em vista do marco teórico escolhido, as digressões contidas no presente capítulo serão norteadas pela tentativa de identificar os diferentes contextos lingüísticos referentes à construção dos direitos fundamentais, assim como a possibilidade de universalização da proteção dirigida à pessoa humana. Isso justifica a abordagem das diferentes explicações quanto à origem e à participação de cada indivíduo na instituição, interpretação e aplicação desses direitos.

Habermas concebe os direitos fundamentais por um prisma eminentemente procedimental: como princípios-guia do funcionamento da esfera pública. Sua função precípua é a de assegurar a participação de todos nos ambientes discursivos. Todavia, este não será o único enfoque conferido à expressão na seqüência do texto, pois, somente ao dar conta da complexidade de seus aspectos concretos, é que será possível debater a utilidade da teoria habermasiana para a elucidação de questões referentes à relação entre democracia e direitos fundamentais.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62-63.

Para que não reste dúvida, cumpre esclarecer que, embora amparada na leitura de outros tantos autores, a análise realizada neste capítulo não abandonará a perspectiva procedimental de Jürgen Habermas. Toda afirmação recorrente, unicamente, à fundamentação material dos direitos humanos — isto é, à admissão de sua origem pré-comunitária — deve, portanto, ser considerada apenas a título introdutório ou complementar, e não como indicação de sua consonância para com a teoria habermasiana.

A incorporação desses direitos à ordem jurídico-positiva revela diferentes facetas da esfera pública⁷³, reacendendo a discussão sobre a possibilidade e os graus de participação individual na busca por sua efetividade. Debate diretamente influenciado pela admissão do caráter aberto das normas de direitos fundamentais, o que permite a adaptação das regras democráticas às dificuldades apresentadas pelo caso concreto.

3.1 Direitos humanos e seus contornos

Pensar em *direitos humanos* significa admitir a possibilidade de instituir um conjunto normativo capaz de proteger a vida e a dignidade de todo ser humano. Ou seja, em direitos cujo sentido nuclear está assentado sobre **(a)** a diferenciação do gênero humano frente a outras classes animais e **(b)** a qualificação de sua existência, refletida na noção de dignidade.⁷⁴

A racionalidade costuma ser apontada como o principal elemento que distingue o homem dos demais seres vivos e de seus próprios semelhantes. A uma,

⁷³ Como exposto no item 2.3 — *Direitos fundamentais e ação comunicativa* —, os procedimentos discursivos variam em função do poder estatal a que dizem respeito. Assim, enquanto a atividade legislativa constitui o espaço genuíno de participação democrática, o judiciário ocupa-se da aplicação das normas instituída por aquele poder e o executivo (administração pública) por sua execução. Estes últimos, sempre limitados pelas determinações do poder legislativo e pelo ideal de participação, consignado na *teoria da ação comunicativa*.

⁷⁴ “O valor da pessoa humana enquanto ‘valor-fonte da ordem da vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem.” (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 20). No mesmo sentido: LAFER, 1988, p. 117-145; COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1-67; BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

porque permite o desenvolvimento cultural e a criação de instituições para a organização da vida em comunidade; o que não é identificado em outras classes de viventes. A duas, porque impõe a compreensão de que cada ser humano é único em sua existência e forma de pensar suas relações com o meio circundante, seja por condições naturais ou pela influência do contexto histórico em que está inserido.

O que vem a ser *dignidade humana*? De acordo com Fábio Konder Comparato⁷⁵, a resposta a essa pergunta aparece em diferentes momentos históricos, nos campos da religião, da filosofia e da ciência, tendo como ponto de partida o reconhecimento da personalidade, ou seja, da individualidade de cada ser humano.

A religião é apresentada como o primeiro momento de reconhecimento da dignidade humana, ao pregar que cada ser humano é criado à imagem e semelhança de Deus, sendo único em sua composição — corpo e alma. O segundo é atribuído à filosofia: com a compreensão de que o homem é um ser essencialmente racional e de que isto o diferencia dos demais seres vivos, ele passa a ocupar a posição central do universo, sendo exatamente sua capacidade de auto-reflexão o que caracteriza sua dignidade. O reconhecimento final deste elemento dá-se com o advento da ciência, cujos métodos de investigação permitem analisar a evolução da espécie humana, num processo crescente de desenvolvimento cultural.

Na sequência desses fatos históricos, Celso Lafer⁷⁶ põe em destaque a assunção do individualismo, ou seja, de concepções que maximizam a importância do indivíduo — considerado em sua subjetividade —, para a construção dos direitos humanos. Por esta perspectiva, a dimensão da realidade passa a ser compreendida como fruto do discurso forjado pelos homens.

Isto culminará na elaboração do conceito de direito subjetivo — especificamente, nos poderes de agir atribuídos ao indivíduo visto como um *prius* em relação ao direito objetivo e, por isso, convertido em palavra-chave do Direito moderno. [...] O direito subjetivo é uma figura jurídica afim com a dos direitos do homem e da personalidade, todos representativos, no seu desenvolvimento teórico, do individualismo.⁷⁷

⁷⁵ COMPARATO, 2001, p. 1-8.

⁷⁶ LAFER, 1988, p. 120.

⁷⁷ LAFER, 1988, p. 120-121.

A tentativa de identificar o que seja a dignidade humana revela um paradoxo: ao mesmo tempo em que se trata de algo real, inerente a aspectos concretos da vida, a definição de seu conteúdo axiológico constitui uma categoria aberta, ambígua e vaga. Por isso, na opinião de Ingo Wolfgang Sarlet, seria “inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não se harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.”⁷⁸

Diante da imprecisão ocasionada pelo uso da linguagem, resta apenas a identificação de algumas das características marcantes da dignidade humana. Nesse sentido: (a) sendo um dado real, deve-se ter presente que o desrespeito a seus preceitos prejudica um ser concreto e não abstrato; (b) não é possível renunciar ou alienar à própria dignidade, já que ela vem sendo considerada o fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais; (c) seu conteúdo é determinado pela interação entre aspectos naturais e culturais; (d) ela possui uma dimensão comunitária, revelada pela convivência em grupo, e não meramente individual.⁷⁹

O modo pelo qual a noção de dignidade é incorporada, ou mesmo definida, pelo sistema de direitos humanos constitui questão de amplo debate na doutrina. Antonio Enrique Perez Luño⁸⁰ sugere sua classificação em três principais linhas: (a) objetiva, (b) subjetiva e (c) intersubjetiva.

A posição objetivista compreende as propostas de fundamentação que atribuem a origem dos direitos humanos a uma ordem preexistente de valores, regras e princípios cujo conteúdo independe da formação cultural de cada povo, o que lhe confere validade objetiva, absoluta e universal. Entre as críticas que lhes são dirigidas, destacam-se: a vagueza e a abstração de seu conteúdo, pois até mesmo os elementos de fundamentação material dependem de interpretação; a dificuldade de determinação de quais sejam os valores tidos como essenciais e absolutos, ou do que sejam o *bem* e o *mal*; a imutabilidade da ordem estabelecida, que impede sua adaptação às necessidades advindas da evolução histórica da humanidade.

⁷⁸ SARLET, 2001, p. 105-106.

⁷⁹ SARLET, 1988, p. 106-115.

⁸⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 137-176.

Entendimento oposto assumem aqueles que assentam a fundamentação dos direitos humanos em escolhas subjetivas, ou seja, na determinação autônoma de cada sujeito. As teorias referentes a esta perspectiva traçam seu percurso sobre o embate entre os princípios da liberdade e da igualdade, na medida em que admitem que todo homem é livre para proceder a suas escolhas valorativas, não havendo motivo para questionar a desigualdade de condições em que se colocam no seio na sociedade e nos ambientes de discussão. Todavia, não se preocupando com o controle dos procedimentos que determinam a participação discursiva, esta proposta acaba por atribuir demasiada importância a concepções individualistas e isoladas, proporcionando a proteção de interesses elitistas em detrimento de pobres, discriminados e excluídos.

A última proposta representa a tentativa de superação da abstração inerente às teses objetivistas e ao individualismo das teses subjetivistas. Ela procura atrelar a origem dos direitos humanos à instituição de “valores intrinsecamente comunicáveis, isto é, como categorias que, por expressarem necessidades social e historicamente compartilhadas, permitem suscitar um consenso generalizado sobre sua justificação”⁸¹. Duas são suas linhas de argumentação: a primeira ocupa-se da identificação de elementos procedimentais que garantam a validade dos consensos obtidos na esfera pública, a partir da prática discursiva; a segunda revela a preocupação de acrescentar aos aspectos procedimentais alguns elementos materiais, capazes de garantir maior concretude à fundamentação dos direitos humanos.

Com o delineamento da noção de dignidade humana, remanesce a dúvida quanto à viabilidade de dotar-lhes de um sistema de direito que vise a protegê-la. Afinal, a condição biológica seria suficiente para delimitar a proteção conferida? Quais bens ou valores mereceriam atenção? É possível fixá-los numa esfera pré-cultural? Essas são algumas das perguntas que embalam a discussão entre propostas de fundamentação universalistas e relativistas.

⁸¹ Tradução livre do original: “[...] valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que, por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación.” (LUÑO, 1995, p. 162)

Adepto ao primeiro modelo, Plínio Melgaré⁸² sustenta que a universalidade diz respeito (a) à titularidade atribuída a todo ser humano, (b) à validade temporal universal de concepções que tiveram origem histórica determinada e (c) à noção de que os valores inerentes à dignidade da pessoa humana são válidos em qualquer lugar. Ademais, ela pode ser tomada tanto num sentido material — como o núcleo mínimo de direitos aptos a garantir uma vida humana digna —, quanto num sentido formal — como o conjunto de normas capazes de impor ao poder público dado comportamento frente ao direito individual de desfrutar de uma vida digna.

Nessa linha, segue Wolfgang Kersting⁸³. Sua exposição evidencia a preocupação com o panorama social moderno, em que se percebe a aproximação cada vez maior de realidades absolutamente distintas e, até então, desconhecidas umas das outras. Em suas palavras:

O mundo está se contraindo; nunca houve tanta proximidade entre as pessoas. Aí surge a necessidade de um paradigma normativo irrestritamente compatível, que seja universalmente comensurável, pois essa nova proximidade e essa nova unidade precisam ser organizadas. Faz-se necessária uma linguagem normativa comum, a qual possa servir de base para uma prática de justificação, aceitável para todos, que consiga ligar uma cadeia de legitimação igualmente vinculante para todos. [...] Um conceito de direitos humanos válido, em termos de fundamentação teórica, é, como afirmei acima, um conceito de direitos humanos resistente ao particularismo e ao relativismo. E o conceito de direitos humanos é resistente ao particularismo e ao relativismo, quando, numa situação multiculturalista, possui chances de ser reconhecido além-fronteiras. Precisamos, portanto, desenvolver uma argumentação que atribua ao conceito de direitos humanos um significado independente de toda coloração cultural e não-carente de hermenêutica cultural.⁸⁴

Contra a proposta antes apresentada levantam-se os relativistas, para quem os juízos morais são particularizados — inerentes à comunidade e ao contexto histórico em que são construídos — e não encontram validade para além dessas fronteiras. Nesse sentido, a possibilidade de integração entre diferentes sistemas morais só existiria em virtude da prudência, mas jamais como resultado de uma “heurística de elementos morais comuns.”⁸⁵

⁸² MELGARÉ, Plínio. Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n. 154, abr./jun.2002, p. 71-92.

⁸³ KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e direitos humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 84-91.

⁸⁴ KERSTING, 2003, p. 86-91.

⁸⁵ KERSTING, 2003, p. 84.

Noberto Bobbio⁸⁶ rechaça o fundamento universalista, ao sustentar que o homem não é movido por necessidades inerentes a sua condição biológica, mas por desejos. Isso justifica a variação de seu interesse sobre determinados bens e valores — considerados essenciais num dado tempo e espaço e supérfluos noutro. Sua crítica contra toda fundamentação universal e imutável é bastante contundente:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] Falar de direitos naturais ou fundamentais, inalienáveis ou invioláveis, é usar fórmulas de uma linguagem persuasiva, que podem ter uma função prática num documento político, a de dar maior força à exigência, mas não têm nenhum valor teórico, sendo portanto completamente irrelevantes numa discussão de teoria do direito.⁸⁷

Há ainda posições intermediárias, como aquela expressada por Germán J. Bidart Campos⁸⁸. Embora admita a coerência do recurso ao argumento universalista, Campos insiste na influência de fatores culturais e históricos sobre a delimitação do conteúdo material dos direitos humanos. Em sua opinião, é correto afirmar que eles se originam na própria natureza humana e que, *a priori*, esta determinação (natural) qualifica-se como um *dever ser* atemporal, eterno, imutável e livre de limite espacial. Todavia, seu conteúdo acaba, impreterivelmente, influenciado pela realidade circundante.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 15-24.

⁸⁷ BOBBIO, 1992, p. 5-7.

⁸⁸ CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 29-37. “Que son universales quiere significar que le son debidos al hombre — a cada uno y a todos — en todas partes — o sea, en todos los Estados —, pero conforme a la situación histórica, temporal, y espacial que rodea a la convivencia de esos hombres en ese Estado. La exigencia del valor non traza límites sectoriales, ni en cuanto a espacios territoriales, ni en cuanto a ámbitos humanos; pero se acomoda a los ambientes históricos que se circunscriben geográfica y poblacionalmente. [...] La supratemporalidad o atemporalidad, la eternidad, la inmutabilidad y todo otro predicado análogo acerca de los derechos humanos merece la misma puntualización. Todos esos adjetivos admiten mantenerse si los vinculamos a la persistencia o incolumidad del valor justicia en su deber ser ideal objetivo y trascendente, más allá de la realización histórica con signo positivo o de la disvaliosidad de las conductas humanas que acusan signo negativo en aquella realización. Pero hemos que relegarlos si con ellos se incurre en la fantasía de proponer que la ya reiterada realidad histórica, con sus ingredientes de tiempo y espacio, está ausente en la forma y manera de plasmar la encarnadura de los derechos en cada situación cultural.” (CAMPOS, 1991, p. 34)

Hannah Arendt⁸⁹ parece colocar-se nessa posição, quando vincula a condição humana ao cumprimento das prerrogativas inerentes à *vita activa*, quais sejam o labor, o trabalho e a ação. Afinal, enquanto estes últimos referem-se ao aspecto cultural e social da vida humana, aquele primeiro corresponde ao suprimento das necessidades básicas — *pré-culturais* — de cada ser. Sem isto, não há participação possível na esfera pública, que, por sua vez, constitui condição *sine qua non* da formação da pessoa humana. Daí a conclusão: a fundamentação dos direitos humanos somente pode ser pensada a partir da integração entre as necessidades básicas universais e as necessidades decorrentes do contexto social em que cada sujeito está inserido.

3.2 Incorporação à ordem jurídico-positiva

Na proposta de instituição de um núcleo universal de direitos, capazes de conferir proteção indiscriminada a todos, insere-se um paradoxo: sua eficácia ainda parece depender da proteção que lhe seja conferida pelo Estado moderno. Isso ocorre, em virtude da necessidade de se recorrer ao caráter coercitivo da norma jurídica, cuja força está indissociavelmente atrelada ao poder exercido pelo Estado sobre os indivíduos. Segundo Wolfgang Kersting,

a proteção dos direitos humanos baseia-se na simples evidência da vulnerabilidade humana e na preferencialidade, não menos evidente, de um estado de ausência de assassinato e homicídio, dor e violência, tortura, miséria e fome, opressão e exploração. E essa proteção só pode ser concedida num Estado. Os direitos humanos são, por conseguinte, essencialmente um direito ao Estado; a ligação entre os direitos humanos e a pertença a um Estado nacional é bem mais estreita do que pensam os cosmopolitas.⁹⁰

Embora esta afirmação não deixe de ser problemática, pelo fato de vincular a proteção da dignidade humana à pertença do indivíduo a um Estado, o que

⁸⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Traduzida por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 15-37; 59-78; 83-88; 188-211; 232-259. Sua teoria será melhor abordada no título 4.2 — *O argumento moral da responsabilidade* — desta dissertação.

⁹⁰ KERSTING, 2003, p. 94.

acaba por negar a condição de sujeito de direito àqueles que se encontram na condição de apátridas, é preciso ter em mente que as considerações de Kersting trazem à tona um ponto essencial de discussão, qual seja, a necessidade — ou ao menos a conveniência — da incorporação de normas que visem à proteção do ser humano na ordem jurídica estatal.

Diante da atual conformação política mundial, que nega reconhecimento a toda forma de organização diferente do Estado moderno, não há como afastar a exigência da estatização dos direitos humanos, de maneira que lhes sejam conferidas validade, vigência e eficácia. Eles deverão, portanto e em primeiro lugar, ser submetidos ao processo de constitucionalização através do qual assumirão o *status* de normas de direitos fundamentais e, assim, passarão a gozar de uma dimensão permanente e segura no seio de ordenamento jurídico.

A proteção conferida para além das fronteiras do Estado, por designações normativas não incorporadas ao ordenamento jurídico-positivo, costuma assumir as vestes de um conjunto normativo eminentemente moral⁹¹. São determinações de caráter universal, que, embora influenciem a criação de normas jurídicas e a atividade hermenêutica, não poderão ser impostas coercitivamente, do mesmo modo que o são as normas jurídicas.

Isso justifica a afirmação de que sua positivação confere-lhe maior efetividade no seio de sociedades pós-tradicionais, onde já não predomina a crença na revelação divina ou natural das razões pelas quais as ações humanas devam estar voltadas à preservação da espécie em sua dignidade. Afinal, considerando que as sociedades modernas se estruturam a partir da idéia de soberania popular e de sua relação com o Estado, a incorporação dos direitos humanos a ordenamentos jurídicos internos parece ser o procedimento que melhor cumpre a função proposta.⁹²

Obedecendo a procedimentos legislativos predeterminados, referidos direitos adquirem, então, *status* constitucional e infraconstitucional, passando a ocupar

⁹¹ Em respeito ao marco teórico escolhido, os termos *moral* e *ética* serão utilizados no decorrer do texto no mesmo sentido com que são apresentados por Jürgen Habermas. Vide: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Traduzido por Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁹² Não se quer com isso, por óbvio, afirmar que o direito se restrinja à esfera positivada, mas apenas ressaltar a importância de que sejam garantidas sistematização, segurança e oponibilidade àquele primeiro conjunto normativo.

lugar certo na cadeia normativa do Estado. Isso possibilita uma aplicação sistematizada a partir de critérios de interpretação já organizados pela doutrina, a estabilidade decorrente da imposição de requisitos formais de alteração legislativa e a oponibilidade própria das regras cujo cumprimento pode ser exigido por meio da coerção legítima.

O caráter da atividade legislativo-constitucional frente aos direitos de proteção da dignidade humana, todavia, não é entendido de maneira uníssona. Em sua obra, Luño⁹³ identifica três posições marcadas sobre o tema. A primeira corresponde à concepção jusnaturalista, para a qual os direitos humanos são incorporados à ordem jurídica estatal mediante simples reconhecimento, por serem inerentes e indissociáveis da natureza humana. A segunda à vertente positivista, que diz competir ao legislador a criação e não o mero reconhecimento de direitos preexistentes. Por fim, apresenta-se a perspectiva realista, cuja preocupação essencial corresponde à verificação da efetividade dos direitos fundamentais, de modo que sua positivação constitui apenas uma das etapas do processo de implementação e não seu fim último, como desejam as demais teses.⁹⁴

Ainda quanto à origem dos direitos fundamentais, deve-se ressaltar a tendência ao deslocamento das propostas de fundamentação transcendental ou individual — concebidas como não racionalizáveis — para ambientes onde o resultado da interação entre os sujeitos é considerado o ponto de partida da compreensão das determinações provenientes da esfera pública. Neste novo modelo, somente a partir do momento em que cada indivíduo tem a oportunidade de expor aos demais os motivos determinantes de suas ações, intentando convencê-los de sua correção, e, ao mesmo tempo, deixa-se influenciar por outros argumentos, é que se torna possível avaliar racionalmente as escolhas feitas por uma comunidade.

Essa avaliação dá-se pela verificação da correlação entre a manifestação volitiva resultante da interação social e a obediência aos modelos procedimentais

⁹³ LUÑO, 1995, p. 52-62.

⁹⁴ Quando confrontadas com aspectos concretos da vida humana, tais correntes revelam mais a complementariedade do que, propriamente, a oposição entre suas idéias. Isso porque, cada módulo de explicação preocupa-se com uma faceta do processo de justificação dos direitos fundamentais: a escolha dos bens a serem protegidos; a eficácia, ou seja, a oponibilidade de suas determinações; e a efetividade dessa espécie normativa, a qual corresponde à disponibilidade dos bens e meios destinados a atingi-los.

capazes de assegurar a participação livre e igual de todos os sujeitos nas esferas de discussão. Nesse contexto, toda possibilidade de fundamentação estaria irremediavelmente vinculada à implementação de modelos democráticos, sem os quais não haveria como afastar práticas arbitrárias e todo tipo de autoritarismo ou desmando praticado contra a dignidade da pessoa humana⁹⁵.

3.3 O fenômeno da constitucionalização

Delimitada a importância da incorporação dos direitos que visam à proteção humana à ordem jurídico-positiva, cumpre investigar o aspecto específico de sua inclusão na Constituição e as implicações desta medida sobre as determinações de todo o sistema jurídico estatal, à luz do movimento de constitucionalização, do qual vem se ocupando a doutrina.

Designa-se por **constitucionalização** a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”.⁹⁶

Sendo assim, a Constituição, antes vista apenas sob o aspecto formal, confundindo-se com a própria figura da atuação do Estado, adquire feições normativas. Isso se dá, a uma, em virtude da mudança ocorrida na concepção de mundo e de subjetividade, já que o homem passa a constituir o centro de explicação do mundo, conscientizando-se que é capaz de criar seus próprios direitos no plano jurídico-político e, desta forma, libertar-se do jugo dividido e da natureza⁹⁷. A duas, pela

⁹⁵ A sugestão de complementação dessa tese ampara-se na compreensão de que a efetiva participação em ambientes discursivos far-se-á possível somente na medida em que se resguardar ao indivíduo a satisfação de suas necessidades vitais. De tal concepção ocupar-se-á o último capítulo desta dissertação.

⁹⁶ CANOTILHO, 1998, p. 348.

⁹⁷ PARDO, David Wilson de Abreu. Caminhos do constitucionalismo no ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**,

superação do modelo lógico-formal, que relegava toda a discussão referente ao conteúdo constitucional à esfera política.

Sob esta nova perspectiva, a Constituição deixa de ser concebida como o *ápice da pirâmide normativa* estatal, para ocupar a posição de *centro irradiador normativo* de todo o sistema jurídico interno. Em outras palavras, além de condicionar a validade das normas infraconstitucionais, ela passa a ser tomada como a fonte orientadora da proteção da vida e da dignidade humana, não apenas num sentido político, mas, sobretudo, jurídico, pois seu conteúdo agora é dotado de força normativa.

Nesse contexto, desponta a preocupação quanto à manutenção da coerência interna do sistema jurídico. Ela é requisito essencial à perpetuação de todo ordenamento jurídico-positivo, o que exige a instituição de critérios formais e materiais para sua interpretação e aplicação. Daí a organização das normas que o compõem em diferentes hierarquias, estando a validade das inferiores sempre condicionada às determinações das normas localizadas em patamares superiores da *pirâmide normativa estatal*⁹⁸, embora este não deva ser o único critério observado.

A evolução teórica tem demonstrado a falência de modelos lógico-positivos, que assentam a validade de todo o ordenamento jurídico na exclusiva obediência ao critério formal pelo qual se busca, na norma imediatamente superior, apenas a autorização para o exercício da atividade legislativa infraconstitucional. Fato essencial ao estudo dos direitos fundamentais, já que sua efetividade está diretamente vinculada à complementação do aspecto formal pelo critério material, de acordo com o qual se exige a adequação do conteúdo da norma inferior ao conteúdo daquela que ocupa posição superior na escala hierárquica.

Considerando que eles representam a incorporação à ordem constitucional de preceitos morais que visam à proteção da dignidade humana, outra não poderia ser a conclusão. Afinal, a noção de *fundamentalidade* parece impor algo

n. 28, p. 108-109. De acordo com Pardo, três são as matrizes teóricas consideradas fundamentais para a nova concepção de constitucionalismo: Hegel (razão humana livre e universal), Habermas (intersubjetividade vigente no mundo da vida) e Weber (processos de racionalização instituidores da previsibilidade de fatos sociais).

⁹⁸ Sem embargo à limitação da noção gerada pelo uso figurativo da referida expressão, deve-se reconhecer que ela permite compreender que a Constituição representa a máxima hierarquia na cadeia normativa estatal. Pelo que, resta apenas saber se esse critério de validade restringe-se ao aspecto formal ou se avança sobre aspectos materiais, vinculando também o conteúdo das normas infraconstitucionais.

mais do que a simples obediência estrutural, isto é, parece exigir o comprometimento para com a instituição de regras e princípios consentâneos com a predisposição de assegurar a todos o surgimento e o desenvolvimento de uma vida digna.

Há dois modos de identificar quais sejam os direitos fundamentais: (a) pelo critério formal, que delega ao poder legislativo a escolha dos bens e interesses a serem protegidos; e (b) pelo critério social, que atribui referida tarefa à própria sociedade, reconhecendo sua capacidade de identificar as necessidades a serem satisfeitas em casos de conflito.⁹⁹

Na lição de Canotilho, a fundamentalidade de uma norma e, por consequência, sua força normativa podem ser atribuídas por fatores formais ou materiais. No primeiro caso, o fenômeno em questão geralmente está vinculado à idéia de sua inclusão na ordem constitucional, através da qual passa a ocupar posição de máxima hierarquia no ordenamento jurídico interno e a limitar a ação dos poderes públicos. Já a fundamentalidade material escapa ao sentido estrito da Constituição escrita. Seu conteúdo corresponde mais à composição da estrutura básica do Estado e da sociedade do que ao respeito às formas inerentes à criação legislativa. Isso justifica sua maior abertura à inclusão de novos direitos fundamentais.¹⁰⁰

Ressalte-se, contudo, que o critério eminentemente formal parece não se adequar à proposta habermasiana, já que descarta a ampla participação subjetiva nos ambientes discursivos, donde advém a definição do conteúdo dos direitos fundamentais. Isso, sem falar no risco da esterilidade procedimental, decorrente da eliminação de todo conteúdo político ou material do seio constitucional.

A segunda guerra mundial constituiu um marco para a teoria do direito e também para a teoria constitucional. A má utilização dos esquemas de fundamentação formal até então vigentes — notadamente pelos programas nazistas de extermínio — fez ressurgir a discussão acerca da possibilidade de instituição de parâmetros materiais de fundamentação, ou seja, da exigência de um compromisso moral para com o ser humano, preferencialmente estabelecido em caráter universal.

⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 83-89.

¹⁰⁰ CANOTILHO, 1998, p. 348-350.

É nesse contexto que surge a denominada teoria *neoconstitucionalista*¹⁰¹, marcada pela concepção de que a Constituição é uma norma jurídica dotada de força normativa, da qual irradiam determinações para todas as demais esferas do direito; ou seja, pelo abandono da perspectiva tradicional, que a compreendia unicamente como fonte de validade formal do ordenamento jurídico, para concebê-la também como fonte determinante da validade material, eficácia e da eficiência das normas que o compõem.

Como sintetiza Ruy Samuel Espíndola¹⁰², o conceito de Constituição passa a abarcar não apenas aspectos formais e estruturais, como também um significado teórico que a concebe como norma jurídica, com a força que lhe é própria. Nessa linha, ela é compreendida como a lei maior de um ordenamento jurídico, de cuja concepção decorrem as noções de *força normativa* e *teleologia constitucional*.

Com o advento dos direitos fundamentais, a Constituição abandona a feição de uma carta meramente política para assumir contorno normativo antes inexistente — ou ao menos desconsiderado pela teoria constitucional —, que a vincula não apenas à emanção de determinações de validade formal de normas infraconstitucionais, mas também de validade material. Deixa de ser compreendida apenas como o ápice da pirâmide kelseniana¹⁰³, para ocupar posição central no ordenamento jurídico, donde irradiam determinações para todas as demais esferas do direito.

Essa alteração enseja o questionamento não só do processo de formação de seu conteúdo da Constituição, para o qual é imprescindível o respeito ao princípio democrático, como também da força vinculante de suas determinações¹⁰⁴. Segundo Espíndola:

¹⁰¹ Vide CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁰² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 88-100.

¹⁰³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁰⁴ Luiz Roberto Barroso discorre sobre o movimento constitucionalista brasileiro, destacando sua vitória como projeto político do último milênio; o caráter emancipatório da teoria crítica; o papel do pós-positivismo na construção desta nova realidade; os novos paradigmas do Direito Constitucional brasileiro, entre os quais se destaca a normatividade dos princípios e o caráter aberto da interpretação constitucional; e a necessidade do resgate de valores éticos através de processos democráticos (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro- / pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In *Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1. 2001, p. 17-59).

A Constituição há muito deixou de ser entendida como mero documento de belas intenções políticas; carta de exortações morais aos poderes públicos; apostila de recomendações aos gestores da coisa pública; epístola de aspirações realizáveis ao sabor das contingências do momento político, e do fígado dos ocupantes temporais do poder. Há muito morreu a idéia de carta política sem força de direito. [...] Hoje a Constituição é vista como um todo normativo, como um todo leal, como bloco de normas que constituem leis, valem como leis, como lei de todas as leis, heterodeterminando a produção, a interpretação e aplicação de todas as partes da ordem jurídica.¹⁰⁵

Disso resulta a compreensão de que os direitos fundamentais podem ser objetivamente impostos, ou seja, de que sua concepção supera a esfera meramente subjetiva, na medida em que toda norma é composta por ao menos uma modalidade deontica (mandato, obrigação ou proibição). Condição que exige não apenas o compromisso com sua eficácia e efetividade, mas também a adoção de interpretação vinculada a esta nova perspectiva constitucional.

Nesse campo, o primeiro questionamento diz respeito à posição ocupada pela Constituição no universo de possibilidades que se abre diante do intérprete. Na tentativa de indicar o grau de oponibilidade dos direitos fundamentais frente às demais normas do ordenamento jurídico interno, Alexy¹⁰⁶ afirma que eles são determinados por quatro elementos imprescindíveis, que funcionarão como ponto de tensão frente à determinação política da hermenêutica constitucional. São eles: máxima hierarquia, máxima força jurídica, máxima importância de seu objeto e máximo grau de indeterminação.

O primeiro significa que, por estarem previstos na Constituição, os direitos fundamentais possuem máximo *status* hierárquico-normativo no sistema jurídico, o que torna possível o reconhecimento de inconstitucionalidade de atos que os violem. O segundo, o abandono de uma feição meramente programática e a assunção da prerrogativa de vinculação dos poderes do Estado, inclusive com o estabelecimento do controle recíproco entre eles. O terceiro elemento impõe a compreensão de que tais direitos regularão matérias que determinarão a estrutura básica da sociedade. E o quarto evidencia o caráter aberto dos textos que tratam dessa

¹⁰⁵ ESPÍNDOLA, 2005.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais no estado constitucional democrático, traduzido do alemão por Alfonso García Figueroa. CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 32-47.

dos direitos fundamentais, o que enseja a complementação hermenêutica de seus significados.

Os adjetivos conferidos por Alexy à norma de direito fundamental remetem, ainda, à discussão de sua eficácia no seio do ordenamento jurídico. Embora a doutrina brasileira já tenha produzido uma série de classificações a respeito desse tema, é de ser ressaltar que a tendência de atribuição de força normativa aos dispositivos constitucionais segue na contramão das propostas que lhe negam eficácia plena.¹⁰⁷

Luís Roberto Barroso¹⁰⁸ sustenta que os dispositivos constitucionais podem conter normas (a) de organização política do Estado, (b) definidoras de direitos e (c) programáticas. As primeiras dizem respeito à instituição de órgãos da soberania, à definição de competências e aos processos inerentes ao exercício do poder político, sendo imediatamente aplicáveis. As segundas referem-se aos direitos fundamentais e sua aplicabilidade depende da espécie de conduta determinada pela norma, ou seja, se de mera abstenção, prestação positiva ou questão que dependa de regulamentação posterior. Por fim, apresentam-se as normas programáticas, que apenas traçam as linhas diretoras dos poderes públicos. Neste caso, não há que se falar na existência de um direito subjetivo, o que inviabiliza a exigibilidade de seu cumprimento.

Todavia, na opinião do mesmo autor, embora a eficácia da norma de direito fundamental esteja condicionada pela natureza da conduta exigida, ela sempre traz a representação de um direito subjetivo¹⁰⁹. Pelo que, resta analisar as dimensões em que eles se apresentam e, conseqüentemente, a exigibilidade de suas determinações.

¹⁰⁷ Exemplo desta vertente doutrinária encontra-se na lição de José Afonso da Silva, para quem as normas constitucionais podem ser classificadas como de eficácia (a) *plena*, que entram em vigor no momento da promulgação da Constituição por possuírem conteúdo completo e acabado; (b) *contida*, que embora plenas em conteúdo podem sofrer limitação posterior, determinada pelo sentido que se atribua a conceitos e meios nela previstos, e (c) *limitada* ou *reduzida*, cuja vigência depende de complementação por norma infraconstitucional (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 82-83).

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91-121.

¹⁰⁹ “Singularizam o direito subjetivo, distinguindo-o de outras posições jurídicas, a presença, cumulada, das seguintes características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é inviolável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico — que é a ação judicial — para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado.” (BARROSO, 2000, p. 104)

3.4 Dimensões de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais não devem ser concebidos como um conjunto de determinações que permanece estanque ao longo da história. Pelo contrário, constituem normas cuja instituição vem sempre se somar aos níveis anteriores de proteção de conferidos ao indivíduo. Por isso, no lugar do termo *gerações* — que parece anunciar etapas substitutivas de uma evolução —, entende-se mais apropriado utilizar o vocábulo *dimensões* para designá-los.¹¹⁰

A classificação dos direitos fundamentais em diferentes *dimensões* procura transparecer a noção de que não há, entre suas diferentes espécies, uma superação das formas de proteção conferidas aos indivíduos ou à coletividade, mas apenas um acréscimo, a cada etapa da evolução da humanidade, dos modos pelos quais o Estado é capaz de assegurar a vida e a dignidade do ser humano¹¹¹. Por isso, a preferência pelo uso do termo *dimensão* ao invés de *geração*, já que a intenção é evitar qualquer confusão referente à supressão de instâncias assecuratórias.

A noção de superposição entre as dimensões de direitos fundamentais é reforçada pelos princípios da irrevogabilidade e da complementariedade, apontados por Comparato¹¹² como guias da aplicação dessa espécie normativa. O primeiro diz respeito à impossibilidade de exclusão de qualquer direito do rol considerado essencial à preservação da dignidade humana. Nada impede que lhe sejam acrescentados novos direitos, como resultado de determinações histórico-culturais; entretanto, sua diminuição representaria um retrocesso diante da idéia evolucionista. O segundo é dado como requisito de sistematização dos direitos humanos, garantia de sua não-contradição. Isso exige especial esforço no momento de interpretação e aplicação,

¹¹⁰ Deve-se ressaltar que, alguns autores, utilizam o vocábulo *geração* também para designar a idéia de coordenação — e não superação — entre as diferentes etapas de desenvolvimento dos chamados direitos fundamentais, a exemplo de Paulo Bonavides. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 563).

¹¹¹ PARDO, p. 114.

¹¹² COMPARATO, 2001, p. 63-65.

quando será necessário tornar compatíveis normas aparentemente contraditórias, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Tais princípios evidenciam o caráter evolutivo dos direitos de proteção à integridade humana, cujo conteúdo vem sendo apenas acrescentado ao longo da história. Afinal, cada uma das dimensões dos direitos fundamentais corresponde a uma faceta das dificuldades decorrentes da vida em sociedade.

Nesse sentido, embora tenham surgido como um apelo à preservação da liberdade individual, assegurada perante particulares e o próprio Estado, na passagem para o século XX, os direitos fundamentais sofrem flagrante transformação, determinada por aspectos filosóficos, políticos e jurídicos. Na filosofia, observa-se o abandono de propostas de fundamentação assentadas de forma absoluta numa liberdade abstrata, com a assunção de concepções históricas de diferentes liberdades concretas. A política deixa de lado posições solipsistas e incorpora a necessidade de atendimento das demandas sociais, se necessário, mediante a intervenção direta dos poderes públicos. E, no âmbito jurídico, são conferidos aos sujeitos de direito novo *status* perante o Estado, que lhe asseguram não apenas a posição de defesa frente às arbitrariedades deste último, como também a garantia de participação nas esferas públicas de decisão e a possibilidade de exigir ações estatais positivas.¹¹³

Historicamente, as discussões pertinentes aos direitos fundamentais surgem com a mudança radical do modo como é encarada a relação entre o Estado e os particulares, na proporção em que a pura e simples submissão dos súditos à vontade do soberano — vista sob a perspectiva orgânica do Estado — passa a ser substituída pela conquista de espaços cada vez maiores de ação individual¹¹⁴. Por isso, a primeira categoria de direitos a ser instituída correspondeu à proteção das liberdades individuais e a conseqüente limitação dos poderes de ingerência estatal sobre a esfera privada.

Trata-se de direitos de cunho negativo, com base nos quais é possível resistir ou opor-se ao Estado. Direitos civis ou políticos, assim especificados:

[...] os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim

¹¹³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 13.

¹¹⁴ BOBBIO, 1992, p. 4.

denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associações, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nesta categoria.¹¹⁵

Os ideais liberais estão presentes nos primórdios das declarações dos direitos humanos, cuja principal expressão se encontra nas declarações americanas e francesas do século XVIII. Adotando como ponto de partida as concepções de liberdade e cidadania, referidos documentos conferiram a cada sujeito social a possibilidade de exercer e ser respeitado em sua vontade perante os demais membros da sociedade, o que exige a presunção de que todos nascem iguais em direitos e obrigações, sendo justamente esta “igualdade” o que legitima a ampla liberdade conferida ao indivíduo. Esse regime confere direitos subjetivos, capazes de assegurar a proteção daquele que age socialmente frente à reação arbitrária de outros indivíduos ou mesmo do Estado.

No entanto, o contexto mundial muda após o término da segunda guerra mundial, quando a destruição econômica dos países europeus e a necessidade de redefinição da esfera civil exigem a alteração — ou ao menos a complementação — da antiga concepção liberal e o implemento de medidas que garantam a intervenção estatal nas esferas econômica e social. A universalidade antes imposta ao critério de liberdade, agora, abre lugar para a especificação de interesses e necessidades, com vista ao estabelecimento real da igualdade entre sujeitos e povos¹¹⁶.

Motivados por ideais social-democratas, surgem, então, os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão, que correspondem aos direitos sociais, os quais, muito mais do que a proteção da esfera privada de ação, exigem do Estado ações positivas destinadas à mitigação de desigualdades, mediante a redistribuição dos bens disponíveis na sociedade.

Sua existência pressupõe o aumento da participação dos sujeitos nas esferas públicas de discussão, protegida pelo exercício do sufrágio universal. O

¹¹⁵ SARLET, 2001, p. 50-51.

¹¹⁶ BOBBIO, 1992, p. 71.

Estado, aqui, não se limita a atividades repressivas, adotando ainda medidas preventivas de conflitos, na medida em que assume posição central na redistribuição de bens disponíveis na sociedade. “Enquanto os direitos individuais funcionam como um escudo protetor em face do Estado, os direitos sociais operam como ‘barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos.’”¹¹⁷

De acordo com David Wilson de Abreu Pardo¹¹⁸, o advento do Estado social marcou a passagem do constitucionalismo jurídico para o político, na medida em que incorporou à noção de Constituição as conquistas sociais alcançadas através do exercício da cidadania. Todavia, é preciso resgatar o caráter jurídico dessa nova realidade social, sem, contudo, perder de vista os valores sociais oriundos do processo histórico de conquista da cidadania e de igualdade. Eis o motivo pelo qual não será possível, nesse processo de re-juridicização, apenas retornar aos antigos conceitos jurídicos do Estado liberal. A incorporação de valores à ordem constitucional exige que sua juridicização tome em consideração as conquistas históricas da humanidade.

Finalmente, vislumbra-se o surgimento dos direitos de terceira e quarta gerações, os quais, amparados no princípio da solidariedade, impõem ao Estado a realização de ações positivas destinadas à proteção das coletividades. Neste último momento, já não basta a ação destinada à proteção da liberdade e da igualdade, exigindo-se ainda a adoção de medidas voltadas à consecução de ideais de solidariedade. Neste campo, as fronteiras da individualidade parecem desvanecer diante da perspectiva trans-individual. O que se quer proteger, agora, é não mais o sujeito ou um conjunto determinado de seres humanos, mas contextos universais como o direito à paz e a um meio ambiente saudável.

3.5 Aspectos jurídico-normativos

A compreensão de que os direitos fundamentais correspondem a

¹¹⁷ BARROSO, 2000, p. 101.

¹¹⁸ PARDO, p. 115-117.

determinações constitucionais de proteção à integridade humana e de que a Constituição já não pode ser concebida como mera carta política ou comando estritamente formal destituída de força jurídica vinculante — embora faça uso de todos esses elementos —, impõe a análise de alguns dos aspectos de sua estrutura normativa.

Deve-se ter presente que a matriz política da Constituição acaba por impor peculiaridades a seu texto normativo, dentre as quais se destacam a superioridade hierárquica, a natureza ambígua e vaga da linguagem nela empregada, o conteúdo específico da norma constitucional e seu caráter político. Contudo, isso não afasta a consideração de que ela materializa a tentativa de substituição do poder político pelo poder jurídico¹¹⁹. Segundo David Schnaid¹²⁰,

a interpretação da Constituição deve levar em alta consideração certas características e particularidades, que fazem com que, de um lado, como normas jurídicas, se lhe apliquem todos os processos de hermenêutica admitidos pelo Direito Positivo e princípios aí consagrados; e, de outro lado, mereça um tratamento distintivo e paralelo.

Dentre tais características e peculiaridades, destacam-se: (a) a potencialidade de grande repercussão política do conteúdo da norma; (b) a generalidade da norma, cuja linguagem adota posição suficientemente aberta à adaptação do contexto temporal em que se dará sua aplicação; (c) o caráter pouco técnico da linguagem, por se tratar de norma emanada *do* e *para* o povo; (d) a Constituição, ao contrário das demais normas, cristaliza um conjunto de valores que representam os fins do Estado; (e) sua vulnerabilidade, determinada por pressões políticas sabidamente exercidas sobre o Poder Judiciário.¹²¹

Em linha semelhante segue Konrad Hesse, para quem “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”¹²². Influencia e deixa-se constantemente influenciar pelo contexto histórico que a circunda, o que implica num mútuo condicionamento entre o *dever-ser*, próprio da esfera constitucional jurídica, e o *ser*, da esfera constitucional real. Nesse sentido:

¹¹⁹ BARROSO, 2003, p. 110-111.

¹²⁰ SCHNAID, David. **Filosofia do direito e interpretação**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 303-312.

¹²¹ SCHNAID, 2004, p. 308.

¹²² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** (*Die normative Kraft der verfassung*). Traduzido por. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14.

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábua rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.¹²³

A partir dessas considerações e da compreensão dos diferentes níveis discursivos aos quais diz respeito a *teoria da ação comunicativa*, proceder-se-á ao estudo de alguns dos aspectos da norma de direito fundamental.

3.5.1 Coação ou respeito voluntário às normas?

O que faz com que os sujeitos se comportem de acordo com as normas jurídicas vigentes? Aparentemente, há dois modos de explicar este fenômeno: o medo da sanção ou a aceitação e internalização do conteúdo da norma. Na primeira hipótese, os indivíduos são coagidos a agir de certa maneira, ou seja, têm sua esfera de liberdade limitada por determinações externas. Ainda que a contragosto, comporta-se de acordo com os padrões estabelecidos para que não venham a ser penalizados. Ao contrário do que ocorre no segundo esquema, no qual se verifica o respeito às normas decorrente da incorporação de seu conteúdo ao padrão comportamental pessoal. A limitação da ação, neste caso, provém de determinações internas e não mais externas.

Habermas conjuga as duas propostas ao embasar a legitimidade do direito em duas diferentes perspectivas: a *factualidade*, determinada pela existência da sanção, que coage os indivíduos a observá-lo; e a *validade* decorrente do respeito a procedimentos discursivos, cujo resultado seria a aceitação das normas coletivamente impostas. Esta última distingue-se “da validade social dos *standards* exercitados factualmente, das expectativas estabilizadas através da ameaça de sanções ou do simples costume.”¹²⁴

Sua exposição acrescenta ao direito uma nova dimensão, ao admitir que

¹²³ HESSE, 1991, p. 22-23.

¹²⁴ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 39.

os sujeitos podem obedecer a suas ordens não porque temam a sanção, mas por acreditarem que aquela seja a “melhor forma de agir”. Nesse norte, ao mesmo tempo em que permite compreender a dimensão do uso da *força legítima*, capaz de impor aos sujeitos o cumprimento de normas, faz recair sobre a idéia de internalização a oponibilidade do direito.

Como visto no capítulo antecedente, a validade discursiva assume destaque na proposta de Habermas, pois, embora não negue a importância da dimensão factual representada pela sanção, ele apóia a pretensão de validade do sistema jurídico na possibilidade de estabelecimento de consensos sociais. Estes consensos somente se fazem possíveis nos contextos do *mundo da vida*, ou seja, em ambientes onde predominam os comportamentos voltados para o entendimento e não para a simples satisfação de interesses pessoais.

De acordo com a teoria habermasiana, a vontade coletiva não coincide com a soma de vontades individuais ou com qualquer noção transcendental (explicações mágicas do mundo). Ao contrário, ela é formada a partir da interação promovida em comunidades de fala, onde cada indivíduo é capaz de expressar livremente sua vontade, apresentar suas razões de agir, convencer os demais presentes e deixar-se convencer por outros argumentos. Desse contexto, resulta a constituição de discursos coletivos autônomos, que já não se confundem com interesses individuais e tampouco com a contrafactualidade de concepções que explicam a existência de uma vontade coletiva, por hipóteses precedentes às próprias formações social e comunicativa.

O reconhecimento da norma reforça a idéia de construção de um núcleo de direitos fundamentais, decorrentes não apenas da imperatividade de satisfação de necessidades biológicas do ser humano — o que coincide com a noção de direito natural —, mas também de necessidades inerentes a sua convivência social. Por isso, sua legitimidade está condicionada à observação de processos que asseguram a participação de todos no momento de sua instituição.

Essa nova perspectiva permite superar a bipolaridade norma-sanção, ressaltando o aspecto consensual do direito. Não um consenso qualquer, pressuposto por modelos contratualistas, mas o resultado da implementação de procedimentos

democráticos, capazes de assegurar a participação de todos na comunidade de fala.

Um exemplo claro da importância da dimensão discursiva para a construção dos direitos fundamentais está no estabelecimento de normas internacionais voltadas à proteção da dignidade humana. Afinal, nesse caso, a obediência às normas decorre mais de uma sujeição voluntária do que da coação exercida pela ameaça de sanção, já que a idéia de soberania nacional e a preponderância de sistemas jurídicos monistas ainda impõem limites à efetividade da ordem jurídica internacional.

Bobbio¹²⁵ apresenta o reconhecimento internacional dos direitos humanos e a conseqüente formação de documentos escritos que os declarem numa ordem evolutiva frente a sua incorporação aos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado. Para ele, a discussão acerca da necessidade de instituição desses direitos surge inicialmente no âmbito filosófico, como algo que *deve-ser* envolvido por uma estrutura jurídico-normativa e que serve apenas de inspiração para o legislador interno.

Com o tempo, eles acabam sendo incorporados às ordens jurídicas internas, mediante processos de positivação. Desse modo, tornam-se parte integrante do conteúdo de normas constitucionais ou infraconstitucionais, assumindo eficácia da qual não dispunham, uma vez que passam a estar resguardados por instrumentos de coação contra tentativas de violação.

Todavia, a exigência de proteção da dignidade humana suplantou a órbita interna, exigindo a instituição de parâmetros universais, que acabaram ensejando a internacionalização dos direitos fundamentais. Nesta última fase, que culmina na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), vislumbra-se a afirmação positiva e universal destes direitos. O movimento de internacionalização dos direitos fundamentais foi marcado por acontecimentos históricos, que reacenderam discussões acerca da necessidade de proteção do ser humano para além das fronteiras do Estado.

Universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.¹²⁶

¹²⁵ BOBBIO, 1992, p. 28-30.

¹²⁶ BOBBIO, 1992, p. 30.

Desde a segunda guerra mundial, os projetos de fundamentação desta esfera de direitos têm se voltado para a reivindicação de seu caráter universal e supra-estatal. Nessa esteira, verifica-se uma ampliação do rol de seus sujeitos ativos, que passam a ser todos os seres humanos e não mais apenas súditos de determinado Estado. Além disso, quanto à natureza jurídica dos direitos fundamentais elevados à ordem internacional, é de se anotar a evolução de seus instrumentos de positivação e efetiva tutela jurídica, prestada por organizações internacionais a cujas determinações estarão sujeitos os Estados e os particulares que a elas recorrerem.¹²⁷

3.5.1 *Configuração de regras e princípios*

Outro aspecto sujeito à investigação, no contexto da ação comunicativa, diz respeito à abertura de sentido da norma de direitos fundamentais. Nesse contexto, entram em cena as diferentes perspectivas de participação discursiva e seu papel na tarefa de configuração do direito.

Segundo Katya Kozicki:

O direito, na sua expressão lingüística, é composto por uma série de signos os quais, em sua grande maioria, assumem significados absolutos. De certa forma, negar a possibilidade de significados plurais a um mesmo signo jurídico constitui um fetiche dos juristas, para os quais a lei ganha contornos de verdade absoluta, mascarando o seu conteúdo ideológico. Ressaltar a insuficiência da linguagem jurídica, revelando o seu caráter simbólico é, ao mesmo tempo, desmistificar o direito enquanto sistema fechado e revelar a possibilidade de sua compreensão enquanto práxis institucional e instrumento regulador de conflitos e interesses.¹²⁸

A norma jurídica é o resultado da elaboração exegética de um ou mais enunciados normativos, a (re)construção jurídica decorrente da interpretação de um texto de norma. Portanto, seu significado só pode ser alcançado através de uma atividade interpretativa que não se limite a descrevê-lo, mas se preocupe em construí-

¹²⁷ LUÑO, 1995, p. 129-130.

¹²⁸ KOZICKI, Katya. **H. L. A. Hart**: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito. Florianópolis: UFSC, Dissertação de mestrado, 1993, p. 97.

lo, ou melhor, a reconstruí-lo, na medida em que se consideram os limites impostos pela linguagem do texto e *núcleos de sentido* apriorísticos veiculados pela tradição¹²⁹.

Como adverte Peter Häberle, a interpretação dos direitos fundamentais compete não apenas aos órgãos judiciais, mas a todos os membros da sociedade. Nesta medida, ela “traduz a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles”¹³⁰. Com isso, evita toda tendência de superestimação do texto normativo, em prol do significado que a norma assume em contextos da realidade.

A adoção de um *sistema aberto de regras e princípios* permite o diálogo entre a normatividade universalizante e a realidade social. Abertura que se dá pela percepção da necessidade de integração entre o conjunto normativo e os valores presentes na sociedade. Além disso, por facilitar a coordenação entre interesses eventualmente conflitantes, a abertura do sistema constitucional proporciona a manutenção do *princípio da unidade da Constituição*, o que facilita a reconquista da sua força normativa.”¹³¹

Robert Alexy¹³² evidencia a essencialidade da atividade hermenêutica quanto à determinação do conteúdo de direitos fundamentais, quando os concebe como normas adscritas ao texto da Constituição, ou seja, como normas cujo conteúdo decorre da atribuição de sentido, direta ou indireta, relativa aos enunciados constitucionais fundamentais.

A atividade de adscrição pode resultar na construção de regras ou princípios. Ambos são espécies de normas, que se diferenciam pelo modo como se referem às situações concretas a que são aplicados, pelo conteúdo das soluções oferecidas *a priori*, pelos critérios de interpretação normativa de que se valem e pela fórmula adotada diante da verificação do conflito ou da colisão.

¹²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22-25.

¹³⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 43.

¹³¹ PARDO, P. 122-123.

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Traduzido por Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 66-73.

Embora não exista consenso quanto aos critérios de diferenciação apontados, em linhas gerais: (a) regras se dirigem às ações de forma específica, ditando o comportamento a ser adotado por quem estiver submetido a ela, enquanto princípios correspondem a determinações inespecíficas, direcionadas a situações gerais hipotéticas e à atividade interpretativa; (b) regras contêm soluções definitivas, enquanto princípios sempre apresentam soluções *prima facie*; (c) regras são interpretadas de acordo com critérios lógicos, enquanto a interpretação de princípios guia-se por critérios teleológicos, servindo estes, também, como fonte inspiradora, complementar e de própria determinação de sentido daquelas; e finalmente (d) enquanto o conflito de regras resolve-se pelo questionamento de sua validade — *tudo-ou-nada*¹³³ —, a colisão de princípios resolve-se pela ponderação — otimiza-se a aplicação de cada um dos princípios até o ponto máximo onde se verifica sua colisão e a necessidade de escolha diante do caso concreto¹³⁴.

Há, ainda, outros critérios comuns de diferenciação entre regras e princípios: (a) os princípios encerram valores, as regras não necessariamente; (b) a validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, enquanto a das regras deriva de outras regras e princípios; (c) muitos princípios têm o compromisso histórico de serem universais, absolutos, objetivos e permanentes, o que não ocorre com as regras; (d) os princípios explicam e justificam as regras; (e) a aplicação dos princípios exige maior carga argumentativa, ao passo que as regras têm uma aplicação mais burocrática e técnica.¹³⁵

Além daqueles já enumerados, Ana Paula de Barcellos propõe a instituição de um critério auxiliar: o dos efeitos pretendidos pelas normas. Em sua opinião, se comparados às regras, os princípios têm um maior grau de indeterminação quanto aos efeitos pretendidos e uma multiplicidade de meios para realizá-los. Todavia, a indeterminação de seus efeitos se dá somente a partir de um certo ponto, qual seja o *núcleo duro* em relação ao qual não é possível a ponderação.¹³⁶

¹³³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

¹³⁴ Segundo Alexy, o conflito de regras resolve-se pelo critério de validade, que é absoluto, ao passo que a colisão de princípios não resulta na conclusão de que um deles é inválido para toda e qualquer situação, mas apenas que não pode ser aplicado naquele caso concreto, ou ao não em sua plenitude (ALEXY, 1997, p. 86-90).

¹³⁵ BARCELLOS, 2002 p. 47-50.

¹³⁶ BARCELLOS, 2002, p. 51-57.

Canotilho acresce aos demais elementos diferenciadores outros dois fatores: (a) os princípios assumem papel fundamental no interior do ordenamento jurídico, devido a sua posição hierárquica ou importância estruturante interna; e (b) os princípios são *standards* juridicamente vinculantes assentados sobre a noção de justiça, ao passo que as regras podem ter conteúdo meramente funcional.¹³⁷

A distinção apresentada não está isenta de críticas, a começar das dificuldades advindas do caráter ambíguo da linguagem. Segundo Humberto Ávila¹³⁸, as regras são aplicadas na forma *se-então*, ao passo que os princípios apenas fornecem o meio para que a regra incidente sobre a realidade seja localizada. Em sua opinião, apesar de permitir apontar o caráter descritivo das primeiras e direcional desses últimos, este critério torna-se ambíguo na medida em que, diante da imprecisão da linguagem, somente a atuação do intérprete vai estabelecer a diferença entre ambos.

Em síntese, na opinião do mencionado autor:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (...) Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹³⁹

Ambas as espécies normativas são essenciais à configuração do sistema jurídico aberto. A uma, porque um modelo constituído exclusivamente por regras conduziria “a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática”¹⁴⁰, sem abertura para sua complementação ou desenvolvimento. A duas, porque um modelo constituído exclusivamente por princípios seria marcado por extrema indeterminação. Nesse norte, o ideal consiste na coordenação entre tais modalidades.¹⁴¹

Não há dúvida de que, no caso concreto, as regras podem opor-se umas às outras, assim como os princípios podem colidir entre si. Em se verificando tais

¹³⁷ CANOTILHO, 1998, p. 1034.

¹³⁸ ÁVILA, 2003, p. 31-51.

¹³⁹ ÁVILA, 2003, p. 70.

¹⁴⁰ CANOTILHO, 1998, p. 1036.

¹⁴¹ CANOTILHO, 1998, p. 1036.

oposições, o conflito de regras deverá ser solucionado por critérios de validade, ao passo que a colisão de princípios exige a incidência da *proporcionalidade*. Máxima que corresponde a técnica de ponderação dos interesses em jogos, sempre voltada à maximização de seus resultados. Característica que põe em destaque a abertura de sentido da norma de direito fundamental e os diferentes elementos que podem vir a ser considerados para a definição de seu conteúdo.¹⁴²

Nos chamados *casos difíceis*, por exemplo, revela-se a necessidade de integração de valores como critério de solução do conflito surgido em sede constitucional. Nessa hipótese, estar-se-á diante da necessidade de realização de uma escolha política quanto à solução a ser dada para a hipótese concreta, e não diante de mera atividade de interpretação jurídico-constitucional. Escolha que se impõe em duas hipóteses: quando aplicável a ponderação ou diante da escassez do bem jurídico constitucionalmente protegido (casos em que a discussão dirá respeito ao interesse público ou à própria viabilidade da medida perseguida).

Segundo Karl Larenz¹⁴³, a interpretação constitucional deve se dar, inicialmente, de acordo com os critérios tradicionais de interpretação, quais sejam o gramatical, o histórico, o teleológico e o sistemático. Isto, em virtude da juridicidade do texto constitucional e da necessidade de estabilização deste sistema. Entretanto, casos haverá em que a mera atividade de interpretação não se mostrará suficiente, exigindo uma decisão que vá além da esfera jurídica, invadindo por consequência a esfera política. Tarefa para a qual se exige o comprometimento do intérprete frente aos ideais presentes na sociedade em que se insere a decisão a ser tomada.

3.5.3 A aplicação da norma de direito fundamental

A participação discursiva, já contextualizada diante das atividades de criação (item 3.5.1) e interpretação (item 3.5.2) dos direitos fundamentais, encontra

¹⁴² ALEXY, 1997.

¹⁴³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Traduzido por por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 510-519.

ainda uma última dificuldade: a aplicação de tais normas. A uma, porque a admissão de que os direitos fundamentais constituem um sistema aberto de regras e princípios oferece ao intérprete um universo de possibilidades, que precisam ser disciplinadas diante do ideal democrático. A duas, porque, em casos de escassez dos bens almejados, a efetivação de tais direitos jamais poderá acontecer sem que se esteja, com isso, no mínimo, violando o princípio da igualdade — caro à *teoria da ação comunicativa*.

Quanto ao primeiro aspecto, deve-se questionar, inicialmente, qual a natureza da atividade de interpretação pretoriana, de modo a determinar seu grau de vinculação às determinações genuinamente democráticas. Segundo Canotilho¹⁴⁴, as posições doutrinárias interpretativistas — a qual se filia Habermas — limitam a atividade jurisdicional à mera interpretação das normas ditadas pelo poder legislativo, já que esta é a esfera genuinamente democrática de constituição do direito. Em sentido contrário, são apresentadas as posições não-interpretativistas, que conferem aos juízes o poder de criação da norma jurídica, inclusive com a possibilidade de “invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ — princípios da liberdade e da justiça — contra actos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o ‘projecto’ da constituição.”¹⁴⁵

De toda forma, não há como afastar a percepção de que, tanto maior será a possibilidade de atuação jurisdicional e de preenchimento do conteúdo dos direitos fundamentais, quanto menor for a densidade dos dispositivos que lhe disserem respeito. Essa circunstância acentua a abertura de sentido proporcionada pela ambigüidade e vagueza próprias da linguagem, trazendo à tona a discussão referente à possibilidade de identificação de parâmetros, capazes de justificar, por critérios racionais, as escolhas referentes à construção hermenêutica da norma de direito fundamental.

A *teoria da ação comunicativa*¹⁴⁶ constitui uma das tentativas de racionalização da decisão que dita o conteúdo dessa norma. Trata-se de proposta formal, cujos elementos essenciais estão colocados sobre a base democrática de

¹⁴⁴ CANOTILHO, 1998, p. 1069-1070.

¹⁴⁵ CANOTILHO, 1998, p. 1070.

¹⁴⁶ HABERMAS, 1997.

participação dos sujeitos na esfera pública. Nesta perspectiva, são justamente a regulamentação desta participação — através do estabelecimento de garantias mínimas como as de não exclusão, sinceridade e efetiva possibilidade de ação em comunidades de fala — e a necessidade de *justificação* que asseguram a não-arbitrariedade das decisões adotadas pelo Poder Judiciário.

A outra vertente, de feição material, sustenta que a racionalidade das decisões pertinentes aos direitos fundamentais é alcançada por sua não contrariedade ao núcleo mínimo e (idealmente) universal de direitos que visam à proteção da dignidade humana. Isso porque, referidas normas jamais poderão deixar de assegurar a qualquer indivíduo os direitos integrantes do denominado *núcleo mínimo existencial*¹⁴⁷. Trata-se de direitos inerentes à própria condição de humanidade, os quais dizem respeito tanto ao aspecto biológico de surgimento, desenvolvimento e manutenção da vida, quanto à questão sócio-cultural.

Embora assim possa parecer, não existe necessária contradição entre as posições apresentadas. Pelo contrário, sua complementação provavelmente apresente resultado positivo diante de situações de flagrante desigualdade, em virtude do controle mútuo decorrente da ação coordenada do legislativo e do judiciário. Daquele em relação a este, por conta da necessidade de justificação das decisões judiciais, que necessariamente estarão vinculadas às determinações advindas da esfera legislativa. E, na contramão, pelo fundamento material pressuposto, cuja aplicação é capaz de corrigir — ou ao menos minimizar — eventuais disparidades verificadas no processo de participação discursiva inerente ao processo legislativo.

Tais conclusões permitem passar ao segundo panorama de dificuldades apresentado pelos direitos fundamentais: sua aplicação diante da escassez dos bens almejados. E, para isso, com amparo na perspectiva constitucional até aqui exposta, parte-se do pressuposto de que, independente de sua dimensão, todos os direitos

¹⁴⁷ Segundo Barcellos, “a idéia do *mínimo existencial* ou de *núcleo da dignidade humana* [...] vem sendo proposta por parte da doutrina como uma solução para boa parte dessas dificuldades, na medida em que procura representar um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, *menor* — minimizando o problema dos custos — *mais preciso* — procurando superar a imprecisão dos princípios — e, mais importante, que seja efetivamente *exigível* do Estado, sob a forma da eficácia jurídica positiva ou simétrica.” (BARCELLOS, 2002, p. 118). Essa noção compreende os direitos à educação, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça (BARCELLOS, 2002, p. 247-301).

fundamentais são espécies de direitos subjetivos¹⁴⁸.

A questão da aplicabilidade não oferece maiores problemas quando se está lidando com direitos de liberdade, uma vez que, nesta hipótese, seu cumprimento se resume à abstenção do poder público. Contudo, não é esta a situação dos chamados direitos de natureza prestacional, os quais podem ser divididos em três modalidades: direitos à proteção; direitos à organização e procedimento; e direitos às prestações em sentido estrito.

Alexy¹⁴⁹ sustenta que a primeira modalidade confere a seu titular o poder de exigir do Estado a proteção de sua esfera subjetiva de direitos contra a intervenção de terceiros, não se confundindo com os direitos de defesa, já que estes simplesmente impedem a intervenção estatal. Sua realização não estará aberta à ampla discricionariedade, uma vez que sujeita à consulta de viabilidade e à ponderação, de modo a minimizar os efeitos da invasão da esfera jurídica de terceiros.

Já os direitos a organização e procedimento possuem caráter instrumental, objetivando o exercício eficaz de direitos fundamentais. Seu caráter subjetivo identifica-se com o direito de exigir dos tribunais a interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, bem como no direito de exigir do legislador a sanção de normas relativas a procedimento e organização.

Os direitos a prestações em sentido estrito, por sua vez, são “direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que — se o indivíduo tivesse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente — poderia obter também dos particulares”¹⁵⁰. Eles correspondem à categoria *direitos fundamentais sociais* — de segunda, terceira e quarta dimensões —, em relação à qual surge o problema da

¹⁴⁸ Neste sentido, manifesta-se João dos Passos Martins Neto, para quem “o direito subjetivo pode ser definido como a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva.” (MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais:** conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 77). Cumpre esclarecer, que a perspectiva aqui adotada não ignora as posições contrárias ao entendimento esposado, cujos apontamentos podem ser traduzidos na preocupação expressada por Canotilho, quanto aos problemas apresentados pela atividade prestacional vinculada aos direitos fundamentais. Eles consistem em saber: (a) se os indivíduos podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões a prestações, em sentido positivo; (b) se é possível exigir do poder legislativo o cumprimento de sua função regulamentadora e a garantia de igual participação nas prestações instituídas pelo poder público; e (c) se tais direitos vinculam objetivamente os poderes públicos (CANOTILHO, 1998, p. 374). A opção realizada, portanto, consiste apenas no posicionamento teórico que objetiva manter sua coerência frente ao que ficou dito, em linhas anteriores, sobre a recente perspectiva da teoria constitucional.

¹⁴⁹ ALEXY, 1997, p. 419-501.

¹⁵⁰ ALEXY, 1997, p. 482.

escassez dos bens protegidos pela norma, que é de ordem real e não abstrata.

Gustavo Amaral¹⁵¹ ressalta que, por imporem uma prestação positiva do Estado, os direitos sociais dependem da intermediação da esfera legislativa e orçamentária para gozar de eficácia. Isso acontece em virtude da necessidade de ação — e não mera omissão — e da escassez dos bens em disputa. Quanto a sua eficácia, diverge a doutrina: uns negam-na, sob o argumento de que sua carga positiva depende de intervenção legislativa e da disponibilidade do bem perseguido; outros admitem-na, por equiparação aos direitos de liberdade; havendo, ainda, quem sustente a aplicação do princípio da *reserva do possível*.

Segundo Barcellos:

A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas. [...] a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado — e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta —, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.¹⁵²

Em que pese toda tentativa de fundamentação anteriormente perpetrada, seja ela formal ou material, há que se reconhecer as barreiras impostas pelas circunstâncias concretas de uma dada sociedade. Ressalvada a hipótese de má distribuição de recursos, contra elas não há como insurgir-se. Talvez por isso, como adverte Alexy¹⁵³, normalmente, as Constituições sejam bastante cautelosas no que tange aos direitos fundamentais, incluindo expressamente em seus textos apenas direitos de defesa. Nesse sentido, grande parte dos direitos de caráter prestacional advém de normas adscritas, revelando posições jurídicas *prima facie*, portanto, sujeitas a restrições.

¹⁵¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 61.

¹⁵² BARCELLOS, 2002, p. 236-237.

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Traduzido por Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

3.6 Abordagem axiológica: limites da teoria habermasiana

Demonstrou-se que os direitos fundamentais constituem um conjunto normativo incorporado à Constituição, cujo núcleo de sentido coloca os sujeitos em posições que avançam a mera proteção contra a invasão de suas esferas jurídicas privadas. Eles comportam também ações positivas do Estado, as quais trazem dificuldades quanto a sua implementação, tanto no que diz respeito à escassez dos bens aos quais se referem, quanto ao conflito verificado diante da aplicação possível de norma em sentido contrário.

O confronto entre normas fundamentais, estabelecidas por procedimentos legislativos semelhantes e igualmente respeitantes a escolhas democráticas, exige o estabelecimento de critérios de escolha, que costumam estar atrelados aos valores aceitos por uma determinada sociedade. Apresentam, assim, conteúdo material.

A dificuldade está, no entanto, em determinar objetivamente quais sejam esses valores, diante da complexidade da sociedade moderna. A exemplo disso, imagine-se um investigador que, educado sob a égide da cultura ocidental, tente avaliar a prejudicialidade de costumes orientais como a circuncisão ou a submissão de mulheres a todo tipo de degradação praticada por seus maridos. Em que pese seu desconforto no momento em que toma conhecimento dos fatos, é preciso considerar que toda leitura que se pretenda séria não pode ignorar as diferenças culturais existentes entre o sujeito que procede a análise e aquele que está inserido no contexto que constitui objeto da investigação. Afinal, não parece válido julgar uma realidade com padrões que lhe são absolutamente estranhos.

Pelo fato de a questão axiológica não estar sujeita à verificação racional de seus motivos determinantes, Habermas defende a completa desvinculação entre as idéias de direitos fundamentais e valores, ao adotar uma perspectiva procedimental. Os direitos fundamentais dizem respeito à forma, ao respeito de procedimentos que asseguram a todos os sujeitos a participação nas esferas públicas de discussão e o direito de não serem dela excluídos. Não há opção quanto aos valores ou bens especificamente protegidos, os quais serão eleitos em cada contexto histórico.

Essa separação pode ser explicada a partir da distinção entre moral e direito. De acordo com a teoria habermasiana, o único momento de interseção entre essas esferas — se acaso existente — é o da motivação subjetiva que guia a ação de cada indivíduo em espaços públicos de discussão. Afinal, “o conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica [*apenas*] pelo fato de que *os conteúdos* das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam.”¹⁵⁴

Sua proposta sugere uma reinterpretação procedimental da teoria dos princípios de Ronald Dworkin¹⁵⁵, para quem o direito é um fato social inerente à prática argumentativa, cuja definição relaciona-se mais com a prática judicial do que com elocubrações teóricas que possam ser feitas a seu respeito. “Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões de moralidade política e fidelidade”¹⁵⁶. Portanto, toda decisão judicial estaria, invariavelmente, associada à dimensão moral da ação humana.

A diferença está no enfoque quanto ao momento, por essência, de criação do direito. Enquanto Habermas ressalta o aspecto dialógico do contexto legislativo, limitando a atuação dos demais poderes estatais ao mero cumprimento das determinações advindas do processo democrático, Dworkin enfatiza a atividade de interpretação judiciária. Ele opõe-se à adoção de políticas conciliatórias, sob a justificativa de que eles podem ser fonte de grande injustiça, quando a prática põe em confronto sujeitos detentores de distintas capacidades de argumentação e ação. Por isso, em sua opinião, a legitimidade das normas que regulam a vida de uma comunidade deve estar pautada em princípios. Este modelo:

Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. [...] Os membros de uma sociedade de princípios admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por

¹⁵⁴ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 256.

¹⁵⁵ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 297.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 5-6.

suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.¹⁵⁷

A vinculação do sistema ao modelo apresentado pode se mostrar problemática diante da colisão de princípios, sendo este um dos pontos de divergências entre as teorias em exame. Enquanto Dworkin vislumbra nesta circunstância um problema de fundamentação, solucionável por meio da argumentação, Habermas afirma tratar-se apenas de uma questão de justificação. Para este autor, discursos de fundamentação dizem respeito à validade da norma, não sendo razoável falar em invalidez diante da colisão, pois ambas as normas continuam a ser consideradas legítimas perante o sistema. Isto não ocorre em discursos de aplicação. Neste caso, a contradição verificada exige a adequação da norma às particularidades do caso concreto, por vezes, com o completo afastamento da incidência de uma delas.¹⁵⁸

O aspecto procedimental da teoria habermasiana denota a tentativa de afastar da esfera de fundamentação do direito, em máximo grau, as soluções de caráter subjetivo. Daí a separação entre direito e moral e, conseqüentemente, entre normas e valores aceitos por uma determinada comunidade. Para encerrar a questão aqui tratada, Habermas afirma que

normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas e normas ou de valores deve satisfazer.¹⁵⁹

Portanto, não há como aplicá-los da mesma maneira.

Parece, de fato, haver uma certa limitação na proposta habermasiana. A contrafactualidade de sua proposta não dá respostas aos problemas verificados em sociedades concretas, cuja realidade revela o desrespeito às regras de participação democrática, seja pela vedação do acesso às esferas de discussão ou mesmo pela incapacidade de interação, decorrente de deficiências econômicas, sociais,

¹⁵⁷ DWORKIN, 1999, p. 254-255.

¹⁵⁸ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 271.

¹⁵⁹ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 317.

educacionais, etc. Tal questão será melhor abordada no último capítulo desta dissertação.

4 A PARTICIPAÇÃO DOS SUJEITOS E SUA PROTEÇÃO

A investigação acerca dos pressupostos democráticos dos direitos fundamentais culmina, diante da multiplicidade de interesses presentes na sociedade moderna, no questionamento acerca da possibilidade de conferir proteção jurídica indiscriminada a indivíduos e grupos, independentemente de sua situação econômica, social, cultural, religiosa, etc. Algo capaz de resguardar a individualidade do ser humano, sem, no entanto, criar injustiças pelo tratamento diferenciado que lhe estará sendo deferido. Enfim, que represente o ponto de equilíbrio para a solução do permanente confronto entre liberdade e igualdade.

No capítulo antecedente, apresentou-se um breve esboço sobre as teorias referentes aos direitos fundamentais. Especificamente no que tange às suas propostas de fundamentação, são três as principais linhas de argumentação: (a) a primeira recorre a elementos que transcendem a racionalidade, ao atribuir à natureza ou a conceitos que precedem à própria constituição da sociedade a origem da ordem jurídica estabelecida; (b) a segunda preocupa-se com o processo de constituição dessa ordem, cuja validade está submetida ao preenchimento de requisitos democráticos; e (c) a terceira conduz à coordenação entre as propostas precedentes. A disputa entre elas reside, justamente, na possibilidade do estabelecimento de consensos quanto à legitimação dos direitos fundamentais e à natureza dos fatores que a determinam, se materiais ou formais.

Habermas usa a expressão *direitos fundamentais* para se referir aos *princípios que conduzem à formação democrática do direito*, o que implica seu enquadramento na vertente teórica de feição eminentemente processual. Dois pontos são essenciais para a compreensão de sua proposta:

(a) Existe absoluta separação entre o direito e a moral. Mesmo admitindo a co-originalidade dessas esferas, Habermas insiste na incoerência de uma conexão inquebrantável entre elas, pois enquanto preceitos morais são determinados por fatores não-cognoscíveis, o direito é integralmente conduzido pela razão. A moral enseja ações teleológicas, ou seja, guiadas por valores historicamente aceitos em uma dada comunidade. Diferente do direito, que se caracteriza pela previsão de um *dever-*

ser resultante de consensos democraticamente estabelecidos, dando margem a ações deontológicas. Portanto, a ninguém é dado justificar normas jurídicas amparado em valores materiais, de caráter universal e imutável.

Isso não significa dizer que os valores estejam ausentes no espaço real de aplicação do direito, mas apenas que sua investigação não diz respeito ao momento da fundamentação. Afinal, de acordo com a teoria habermasiana, as normas jurídicas são válidas ou inválidas em virtude da obediência às regras de participação na esfera pública e não por corresponderem a circunstâncias materiais predeterminadas. Esta é uma questão inerente à solução dos conflitos surgidos no caso concreto, incumbindo ao poder judiciário promover a ponderação dos bens e valores que constituem objeto do litígio, sempre calçado nas diretrizes ditadas pelo poder legislativo (constitucional).

(b) A validade do direito está atrelada ao cumprimento de requisitos formais. Ao afastar o direito da moral, Habermas depara-se com a necessidade de apontar quais elementos estariam aptos a legitimá-lo sem recorrer a expectativas de fundamentação transcendentais à racionalidade. Para isso, sugere o condicionamento da validade do direito à obediência de requisitos discursivos, pontualmente representados pela garantia de participação e não-exclusão dos ambientes públicos de debate, de tratar e ser tratado com sinceridade no que tange às justificativas das posições adotadas, bem como do respeito aos consensos atingidos, cujo conteúdo passa a ser considerado verdadeiro. Tais elementos seriam suficientes para resguardar o ideal democrático e, por consequência, proteger valores e bens especificamente escolhidos pela comunidade de falantes.

A imposição desses requisitos formais, somada à concepção de ação comunicativa, permite falar em dois momentos axiológicos absolutamente distintos. O primeiro atine à subjetividade de cada ser humano, donde advém escolhas que, na opinião de Habermas, jamais poderão ser analisadas por parâmetros racionais objetivos. Ele está presente na esfera privada de ação.

O segundo forma-se a partir da comunicação, na esfera intersubjetiva. A participação em ambientes de discussão resulta na formação de uma vontade coletiva autônoma, que também responde por escolhas referentes a bens e valores. Entretanto, ao contrário das decisões subjetivas, é possível fiscalizar a validade de seu conteúdo,

na medida em que deve corresponder aos indicativos provenientes do processo democrático.

Habermas tem exata noção da complexidade social, ao contrário do que poderia afirmar uma crítica afoita, que desqualificasse sua teoria em virtude do aspecto contrafactual da denominada *comunidade ideal de fala*. Tanto que uma de suas preocupações centrais consiste em definir os requisitos de funcionamento da esfera pública, a qual é eminentemente marcada por processos discursivos.

É evidente que a investigação quanto à efetividade dos direitos fundamentais exige não só a avaliação de propostas de fundamentação, como também das condições de sua interpretação e aplicação. Nesse momento, ingressam no palco de discussão dificuldades trazidas pelo aspecto factual. O primeiro deles refere-se à utilidade do modelo democrático-deliberativo, apresentado pela teoria habermasiana (4.1). O segundo, à necessidade da identificação de critérios materiais capazes de delimitar a ação hermenêutica (4.2). Finalmente, há que se abordar alguns aspectos de propostas integrativas — materiais e procedimentais — recentemente formuladas (4.3).

4.1 Democracia no contexto da ação comunicativa

Em sociedades *pós-tradicionais* — caracterizadas pelo abandono das explicações mágicas a respeito dos acontecimentos ordinários da vida —, a construção dos direitos fundamentais costuma legitimar-se na garantia de participação discursiva na esfera pública. Afinal, somente mediante a adoção de procedimentos democráticos parece possível conceber um núcleo de direitos capaz de proteger o ser humano contra toda afronta a sua vida e dignidade, de forma indistinta e desvinculada de justificativas pré-concebidas inquestionáveis.

Vários foram os modelos práticos e teóricos apresentados ao longo da história, na mesma medida em que inúmeros são os obstáculos enfrentados por cada um deles para a final consecução do ideal democrático, qual seja a busca incessante de

resultados que representem a justa medida da consideração da liberdade de ação e da igualdade atribuída a todos os membros de uma comunidade.

J. J. Gomes Canotilho¹⁶⁰ apresenta um breve panorama das teorias da democracia afeitas à modernidade, a começar por aquelas que pretendem explicar o funcionamento do jogo de interesses travado entre o povo, o Estado e o capital. São elas: (a) *teoria democrático-pluralista*, para a qual as determinações democráticas não provêm do povo indiferenciado e tampouco do indivíduo abstrato da teoria liberal, mas de “grupos definidos através da seqüência de interações sociais”¹⁶¹; (b) *teoria elitista da democracia*, formulada em resposta à falibilidade do modelo anterior, para reconhecer no processo democrático uma forma de domínio, a ser exercido pela elite política; e (c) *teoria da democracia do “ordo-liberalismo”*, inerente à perspectiva (neo)liberal, a qual corresponde à proposta de retomada das hipóteses de influência econômica sobre o processo deliberativo-democrático.

Tais modelos, contudo, não se mostraram suficientes à explicação do funcionamento da democracia, estando sujeitos às seguintes críticas¹⁶²:

(a) os processos democráticos atualmente conhecidos falham diante da perspectiva da representatividade dos interesses dos cidadãos, seja pelo insucesso na obtenção de manifestação da vontade coletiva, determinada pela coação, despreparo ou simples descomprometimento dos eleitores, ou pelo desvirtuamento de tal vontade, perpetrado pela classe política, que no exercício de lideranças privilegia interesses particulares em detrimento de interesses coletivos;

(b) mesmo no capitalismo organizado, o Estado — comandado por determinada elite política — não logrou obter completa autonomia em relação às demais esferas sociais, em virtude de barreiras econômicas, decorrentes da pressão exercida pelos interesses inerentes à propriedade privada, e de barreiras institucionais, determinadas pela crescente burocratização de suas atividades; e

¹⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1255-1265.

¹⁶¹ CANOTILHO, 1998, p. 1255.

¹⁶² PRZEWORSKY, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Traduzido por por Argelina Cheibub Figueiredo, Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 133.

(c) a instituição do capitalismo organizado denotou a deficiência da teoria (neo)liberal no que diz respeito à capacidade auto-organizacional do mercado e, conseqüentemente, a seu determinismo em relação ao Estado.

Da oposição a referidas propostas, emerge a compreensão de que a organização da sociedade e a convivência pacífica entre seus integrantes devam estar garantidas por uma ordem normativa capaz de assegurar o respeito concomitante à liberdade e à igualdade, o que impõe a compatibilização entre ações aparentemente opostas: de um lado, o resguardo de interesses individuais; de outro, a proteção a interesses sociais, característicos de um espaço onde já não é possível identificar as vozes individuais que os integram.

Sua análise parte da compreensão de que a contraposição e a necessidade de integração entre as prerrogativas de liberdade e igualdade estão bem representadas na expressão *Estado democrático de direito*, cujo conteúdo pressupõe não apenas o respeito à liberdade contemplada pelo *Estado de direito*, como também à igualdade prometida pelo *Estado democrático*.¹⁶³

A primeira posição coincide com a perspectiva liberal; nela o Estado identifica-se com a idéia de um aparato administrativo voltado à satisfação dos interesses dos indivíduos que compõem a sociedade; seu *status* de cidadão é medido pelos direitos de que dispõem perante o Estado, a quem podem pedir proteção contra qualquer tentativa de violação de sua esfera privada.

A posição oposta corresponde ao republicanismo, no qual se verifica a assunção do social, numa espécie de superação das esferas individuais de ação. Neste sentido, o *status* do cidadão perante o Estado já não é medido por prerrogativas negativas, mas pelos direitos positivos que lhe garantem, além da proteção contra todo tipo de intervenção externa, a participação nas esferas internas de discussão.

O próprio direito é tomado de maneira diferenciada por estas duas vertentes. Enquanto os liberais encaram-no como um dado subjetivo, somente reconhecido diante da avaliação das peculiaridades do caso concreto, os republicanos

¹⁶³ As considerações dos parágrafos subseqüentes, referente às concepções democráticas liberal e republicana, ampara-se na análise habermasiana, realizada em: HABERMAS, 2002b, p. 269-284.

preferem concebê-lo como algo dado objetivamente, cujo primado destina-se à garantia da equidade, autonomia e respeito mútuo.

Ademais, liberais vêm na política apenas um jogo de interesses que revela a luta por posições que assegurem o controle do poder administrativo, ao passo que os republicanos enaltecem os campos de comunicação em que ocorre a formação da opinião e da vontade políticas.

Com enfoque no aspecto dialógico das propostas analisadas, Habermas propõe, então, a construção de um terceiro modelo democrático, baseado “nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo.”¹⁶⁴

Na avaliação de Edoardo Greblo:

Trata-se de uma interpretação que trata de conciliar o princípio de racionalidade discursiva com a realidade das grandes organizações burocráticas e com o desinteresse dos indivíduos pela política. A proposta de uma democracia deliberativa vem assumir o perfil de uma “terceira via”, alternativa tanto à concepção republicana de Estado como comunidade ética quanto à concepção liberal de Estado como garante de uma sociedade de mercado.¹⁶⁵

Para Habermas, o ponto chave de toda discussão não está na disputa entre a preponderância de posições individuais ou coletivas, o mero arranjo de interesses ou o auto-entendimento ético, mas na medida de sua integração, que se torna possível a partir da adoção de procedimentos atinentes à participação dos sujeitos em esferas de discussão, sejam elas institucionalizadas ou não. A sociedade passaria assim a ser direcionada por um terceiro fator além do dinheiro e da administração pública, qual seja, a solidariedade.

Contudo, deve-se ressaltar que a solidariedade à qual se refere o modelo habermasiano decorre de aspectos puramente procedimentais. Sob este prisma, o princípio democrático estará atendido sempre e na medida em que o discurso for

¹⁶⁴ HABERMAS, 2002b, p. 277.

¹⁶⁵ Tradução livre do original: “Se trata de una interpretación que trata de conciliar el principio de racionalidad discursiva con la realidad de las grandes organizaciones burocráticas y con la desafección de los ciudadanos a la política. La propuesta de una democracia deliberativa viene a asumir el papel de una ‘tercera vía’, alternativa tanto a la concepción republicana del Estado como comunidad ética como a la concepción liberal del Estado como garante de una sociedad de mercado.” (GREBLO, 1998, p. 165)

estabelecido validamente, permitindo que todos tenham acesso à comunidade de falantes, bem como à oportunidade de se manifestar e opinar acerca dos assuntos de interesse público.

De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁶⁶, a teoria democrática emergente do século XX superou a noção de democracia enquanto processo pelo qual é possível evidenciar a vontade soberana absoluta de um povo ou sua capacidade de autodeterminação moral. Assentando seu marco teórico na obra de Rousseau, a primeira concepção propunha que a adoção do processo democrático se prestava a revelar uma compreensão moral coletiva preexistente, ao passo que a segunda corrente, vinculada ao liberalismo, advogava que o resultado do emprego do processo democrático corresponderia à mera coordenação (ou soma) de interesses individuais.

Entre as críticas que lhes são dirigidas, destacam-se: (a) o fato de se tratarem de suposições teóricas dissociadas da realidade, uma vez que a idéia de uma moral coletiva preexistente a toda forma de interação social constitui-se em hipótese inaceitável; (b) a constatação da variedade de motivações que podem levar o indivíduo a agir, inclusive abdicando de interesses particulares em prol de interesses coletivos; e (c) dissociações verificadas entre a vontade manifestada pelo povo, individual ou coletivamente, e os atos praticados pelo Estado, como fruto da crescente complexidade das sociedades contemporâneas.

Partindo dessas considerações, procurou-se dar resposta ao surgimento de modelos de sociabilidade não-democráticos, propondo a concepção de democracia deliberativa. Os pontos centrais desta proposta consistem na tentativa de conciliação entre a soberania popular e o Estado de direito, assim como na ênfase atribuída ao processo dialógico de justificação que precede as decisões políticas; contexto em que os procedimentos democráticos não se restringem à configuração do momento da decisão, atingindo também todas as etapas anteriores de discussão.

O enaltecimento do momento de justificação das decisões tomadas na esfera pública incorpora à teoria democrática um elemento de fundamentação moral,

¹⁶⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: Um estudo sobre o papel o direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Tese de doutorado. UERJ. Rio de Janeiro: 2004, p. 48.

que gira em torno do que é aceito por todos como razoável e passível de realização¹⁶⁷, ultrapassando os limites formais até então conhecidos. De acordo com Carlos Santiago Nino:

A teoria que defendo é uma concepção dialógica. Embora algumas visões deste tipo conservem a separação entre política e moral, minha concepção toma estas duas esferas como interconectadas e une o valor à democracia na moralização das preferências das pessoas. No meu ponto de vista, o valor de democracia reside em sua natureza epistemológica com respeito à moralidade social. Sustento que, uma vez feitos certos reparos, se poderia dizer que a democracia é o procedimento mais confiável para poder ascender ao conhecimento dos princípios morais.¹⁶⁸

Na democracia deliberativa, o momento dialógico de estabelecimento do consenso assume um lugar privilegiado, sendo possível identificar duas matrizes sobre as quais se assenta sua construção teórica: a primeira, de feições substanciais, tem seu marco na obra de John Rawls¹⁶⁹; enquanto a segunda, de caráter procedimental, pode ser representada pela obra de Jürgen Habermas.

Apesar da grande controvérsia existente acerca da consistência material dos princípios morais anunciados por John Rawls, deve-se ter em conta que a posição original do sujeito, a qual é marcada pelo chamado véu da ignorância, revela um agir consciente, que se analisado sob o auspício da imparcialidade certamente seria aceito por todos como norma de procedimento. Portanto, a correção de uma determinação coletiva não estaria, em hipótese alguma, indissociavelmente atrelada à regra da maioria. “Quando Rawls se refere à justificação da democracia entendida como regra

¹⁶⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Democracia, Constituição e Princípios Constitucionais**: notas de reflexão crítica no âmbito do Direito Constitucional brasileiro. Disponível em www.mundojuridico.adv.br, em 05 de março de 2005.

¹⁶⁸ Tradução livre da versão espanhola: “La teoría que defiende es una concepción dialógica. Mientras algunas visiones de este tipo conservan la separación entre política y moral, mi concepción visualiza estas dos esferas como interconectadas y ubica el valor a la democracia en la moralización de las preferencias de las personas. Desde mi punto de vista, el valor de la democracia reside en su naturaleza epistémica con respecto a la moralidad social. Sostengo que, una vez hechos ciertos reparos, se podría decir que la democracia es el procedimiento más confiable para poder acceder al conocimiento de los principios morales.” (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Traduzido por Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 154)

¹⁶⁹ A posição de Rawls identifica-se com a de Kant no que diz respeito a sua colocação na esfera da modernidade e do paradigma da consciência. Sua proposta incorpora a noção de *justiça como equidade*, que generaliza a idéia de contrato social e pressupõe um estado inicial de ignorância do sujeito (destituição das determinações próprias de sua condição social), amparando-se em dois princípios: “primeiro – cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade, sendo que esta última deve ser igual à dos outros e a mais extensa possível, na medida em que seja compatível com uma liberdade similar de outros indivíduos. Segundo – as desigualdades econômicas e sociais devem ser combinadas de forma a que ambas (a) correspondam à expectativa de que trarão vantagens para todos, e (b) que sejam ligadas a posições e a órgãos abertos a todos” (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Traduzido por por Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 67)

da maioria, exhibe mais claramente seu individualismo epistemológico. Sustenta que ‘não há nada que demonstre que a vontade da maioria é correta’¹⁷⁰.

Por sua vez, sob a égide da fundamentação intersubjetiva, Habermas¹⁷¹ vincula a concepção de democracia aos processos discursivos originários da esfera pública, com a pretensão de apresentar uma proposta pragmático-normativa¹⁷² alternativo às propostas democráticas liberal e republicana. Sob este prisma, o princípio democrático estará atendido sempre e na medida em que o discurso for estabelecido validamente, permitindo que todos tenham acesso à comunidade de falantes, bem como a oportunidade de se manifestar e opinar acerca dos assuntos de interesse público.

Ao contrário da proposta liberal, a democracia deliberativa está edificada sobre o ideal de participação dos sujeitos sociais em todas as esferas de formação do discurso constitutivo da ordem jurídica. Em outras palavras: a democracia deliberativa existirá na medida em que a cada indivíduo for oportunizado falar e se fazer entender pelos demais membros da sociedade, ter acesso às informações e compreender aquilo que está sendo decidido comunitariamente.¹⁷³

Uma vez que, em regra, as sociedades modernas baseiam-se em modelos jurídico-normativos cuja legitimidade vincula-se ao atendimento de requisitos democráticos, não há como admitir a existência de um Estado que, pretendendo-se legítimo, pautar sua ação em escolhas arbitrárias.

¹⁷⁰ Tradução livre da versão espanhola: “Cuando Rawls se refiere a la justificación de la democracia entendida como regla de la mayoría, exhibe más claramente su individualismo epistémico. Sostiene que ‘no hay nada que demuestre que la voluntad de la mayoría es correcta.’” (NINO, 1997, p. 157)

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Traduzido por George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002b, p. 269-284,

¹⁷² Segundo Edoardo Greblo, “el método de Habermas se diferencia de los modelos puramente normativos, como la teoría de la justicia de Rawls, ya que intenta demostrar, a través de un análisis reconstructivo, aquellos que los individuos siguen tácitamente presuponiendo en la participación de las prácticas democráticas establecidas por las democracias desarrolladas.” (GREBLO, Edoardo. **Democracia**: léxico de política. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002, p. 165)

¹⁷³ É interessante destacar a ressalva feita por Canotilho à designação da proposta habermasiana. Amparado na teoria constitucional, este autor promove uma classificação do que denomina *teorias normativas da democracia*. Nela, o modelo apresentado por Habermas é qualificado como *normativo discursivo*, em oposição ao modelo *normativo deliberativo*. A diferença estaria no compromisso cívico — na idéia de responsabilidade para com o outro — ao qual recorre esta última perspectiva, ao contrário da primeira, que encontra limite no aspecto democrático procedimental. (CANOTILHO, 1998, p. 1262-1263)

De acordo com Leonel Severo Rocha¹⁷⁴, “o direito não é sinônimo do Estado, como afirma Kelsen, *mas é sinônimo de poder*, já que o poder do Estado materializa-se somente através da lei. Assim, a discussão sobre a legitimidade do Estado e do direito no fundo é a mesma — *a origem do poder do Estado*, o que significa, em outras palavras, a discussão sobre a legitimidade da Constituição vigente”. Daí o recurso à investigação da soberania, porque, embora inicialmente concebida para representar a submissão do povo à vontade de um único homem (o monarca), atualmente traz consigo a noção de um poder exercido *pelo* povo e *para* o povo¹⁷⁵.

Ela não é inerente ao Estado em si, mas à sociedade que lhe confere legitimidade.

O poder, a partir do momento em que não é mais visto como imbricado à pessoa do rei ou a outros pressupostos transcendentais, difunde-se pelo social, obrigando os governantes dos Estados a justificarem suas decisões, sob pena de tornarem-se ilegítimos. Isto porque o topo do poder tornou-se vazio, o poder pertence a todos e a ninguém. O poder extrapola o poder político do Estado, o que não quer dizer que o Estado não continue como pólo fundamental das decisões, mas implica num deslocamento da noção de soberania, que de monopólio de um passa ao social. A democracia gera uma indeterminação do social, pelo fato de romper com os pressupostos do *ancien regime*. Não existe mais a legitimidade em si, transcendente e indiscutível, justa e imaculada. A legitimidade passa a ser um direito a ser conquistado todos os dias. Ela produz uma nova forma social onde as identificações dos indivíduos, suas concepções de justiça e injustiça, mal ou bem, verdade e falsidade, baseiam-se no princípio da legitimação do conflito, e, conseqüentemente, da invenção de suas próprias regras. A democracia é a forma política eminentemente histórica, devido ao questionamento que implica a necessidade do consenso social para a sua legitimidade.¹⁷⁶

Entre as diferentes acepções atribuídas à expressão *soberania popular*, assume especial importância a que se ocupa da determinação da titularidade e do exercício do poder. Afinal, sendo viável o modelo ateniense de democracia direta¹⁷⁷ e tampouco crível a eficiência dos modelos representativos conhecidos, acaba-se presenciando a dissociação daquelas duas esferas e a necessidade de construção de

¹⁷⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998, p. 72.

¹⁷⁵ LUÑO, 1995, p. 187-190.

¹⁷⁶ ROCHA, 1998, p. 102-103.

¹⁷⁷ Também problemático no que diz respeito à limitação do acesso às esferas de discussão.

modelos democráticos capazes de lidar com a complexidade social, assegurando a todos a participação na esfera pública, tal qual o faz o modelo deliberativo.

4.2 O argumento moral da responsabilidade

Definidos os contornos da teoria democrático-deliberativa e sua contribuição para a consolidação participativa dos direitos fundamentais, cumpre questionar a possibilidade ou mesmo a necessidade de adoção de critérios materiais de fundamentação. Circunstância que vem, por hipótese, em complementação ao aspecto procedimental antes evidenciado.

Em virtude de sua crescente importância na discussão filosófica pertinente à constituição dos direitos humanos, propõe-se, aqui, a pontuação das lacunas apresentadas pela teoria de Jürgen Habermas, a partir das lições de Hannah Arendt e sua anunciada preocupação com a garantia da *condição humana*.

Assim como na teoria habermasiana, suas lições elegem como ponto central de investigação a *participação discursiva na esfera pública*, o que viabiliza a comparação entre tais propostas. Além disso, percorre caminhos não trilhados por este autor, consistentes na investigação das causas que instigam a ação humana e da responsabilidade gerada por sua ocorrência na esfera pública, a partir das quais é viável repensar a relação entre o direito e a moral.

Em que pese seu posicionamento republicano — *a priori* antecedente à proposta democrático-deliberativa —, não há incoerência no uso pontual de suas considerações, até mesmo como forma de complementação entre uma e outra teoria. Sua obra é marcada pelas condições de sua história e assume crescente projeção sobre o estudo dos direitos humanos, na medida em que demonstra a preocupação para com o estabelecimento de um núcleo de direitos capaz de conferir proteção a todo ser humano, independente de sua condição como membro de um Estado.

Arendt parece ir aonde Habermas não chegou, por conta da limitação procedimental de sua proposta. Ao preocupar-se com as razões determinantes do

comportamento humano e, principalmente, com os motivos pelos quais o homem interessa-se pelo ingresso em esferas públicas de discussão, ela traz à baila o debate sobre as determinações morais que informam a constituição dos chamados direitos humanos e, por consequência, sobre a necessidade de constituição de um núcleo mínimo de direitos que, independente do respeito a qualquer procedimento ou da pertença a um Estado, assegurem a todo ser humano vida e dignidade.

De acordo com sua teoria, o ser somente adquire a condição de humanidade a partir do momento em que ingressa na esfera pública. Isto porque, enquanto estiver isolado de tudo o que o cerca e lhe confere significado, o homem não se diferenciara dos demais animais. Nesse sentido, Arendt afirma que somente a participação em espaços públicos constitui a personalidade do indivíduo. Em tal ambiente, ele terá oportunidade de expor aos demais os elementos que relevam características individuais e, assim, fazer-se reconhecer na alteridade.

Para definir a condição humana, Arendt¹⁷⁸ parte da concepção de *vita activa*, a qual designa três atividades fundamentais: labor, trabalho¹⁷⁹ e ação. O primeiro constitui a atividade destinada a suprir as necessidades biológicas do homem, e sua condição humana é a própria vida. O trabalho consiste na atividade criativa que ultrapassa o reino das necessidades, e sua condição humana é a mundanidade. Finalmente, a ação é a atividade que se exerce diretamente entre os homens, sem a intermediação da matéria, revelando a pluralidade que constitui a condição de toda vida política. Esta última categoria representa o nascimento do homem, sua capacidade de gerar algo novo e de definir a si mesmo. Revela a condição humana dissociada da natureza humana.

De toda forma, deve-se destacar que tais considerações revelam a compreensão de que a vida humana está condicionada tanto à satisfação de necessidades biológicas — vinculadas à noção de *labor* —, quanto de necessidades inerentes à convivência comunitária. Não há participação possível sem que sejam assegurados ao sujeito meios de sobrevivência, como alimentação, saúde moradia; mas

¹⁷⁸ ARENDT, 2003, p. 15-20.

¹⁷⁹ Tradução usual do termo inglês *faber*.

de nada adiantam tais direitos se não lhe é facultado participar da esfera pública, fazendo-se reconhecer pelos demais.

Contrapondo-se à compreensão tradicional da *vita activa*, Arendt¹⁸⁰ propõe que ela seja tomada para além de um universo meramente contemplativo, pois o pensar depende dos outros, ainda que seja tomado como uma atividade solitária, requerendo a comunicabilidade e a publicidade como condição de sua possibilidade. Daí a diferença entre o ser social e o ser político: o que distingue o homem de outros animais não é sua necessidade de viver em comunidade, mas sua responsabilidade pela ação e pelo discurso. São estes os elementos que lhe atribuem a condição de humanidade, pois só o homem é capaz de agir numa esfera pública.

A diferença da abordagem arendtiana frente à concepção de Habermas — já que ambos se preocupam com o momento discursivo da constituição da esfera pública — está na direção conferida à análise perpetrada. Enquanto este autor parte do prisma coletivo, por entender que as motivações internas de cada sujeito social são não-cognoscíveis, Arendt analisa a questão sob o ponto de vista individual. Preocupa-se com os fatores de determinam a passagem da ação privada para a esfera pública, o que justifica a aproximação promovida entre o direito e a moral.

Na opinião dessa autora, o público precisa ser entendido em dois diferentes e correlatos sentidos. Inicialmente, como algo que merece ser visto e ouvido por todos. Além disso, “significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele. [...] A esfera pública, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e contudo evita que colidamos uns com os outros, por assim dizer”¹⁸¹. Mas a atuação nesta esfera só ocorre a partir do momento em que o homem se desvincula de suas necessidades vitais, ou seja, quando sua propriedade é capaz de assegurar-lhe a subsistência e, assim, um lugar no mundo, permitindo-lhe avançar para a discussão de questões coletivas.

Portanto, o espaço público constitui-se num ambiente de diferenciação genuína e não de redução das diferenças. Por isso, é imprescindível que seja

¹⁸⁰ ARENDT, 2003, p. 20-26 e 31-37.

¹⁸¹ ARENDT, 2003, p. 62.

outorgada ao ser humano a oportunidade de participar da esfera pública e, nela, ser tratado pelos Outros como semelhante, revelando-lhes os elementos que permitirão definir sua própria identidade. “Na ação e no discurso, os homens mostram quem são, revelam ativamente suas identidades pessoais e singulares, e assim apresentam-se ao mundo humano, enquanto entidades físicas são reveladas, sem qualquer atividade própria, na conformação singular do corpo e no som singular da voz”¹⁸².

Segundo Arendt, a ação humana caracteriza-se pela imprevisibilidade, irreversibilidade e inexistência de autoria. Não há como determinar, por critérios lógicos, qual será a reação de cada ser humano diante das situações concretas que lhe são apresentadas. Não há como tornar inexistentes fatos passados. E, finalmente, não há como determinar a autoria dos acontecimentos, pois o homem, na medida em que constitui sua personalidade e suas ações num contexto histórico em que acaba inserido, não é dono de sua história.

Tamanha indeterminação precisa, contudo, ser limitada a ponto de evitar o caos e a desordem social. Daí surgem as noções do perdão e da promessa. O perdão — cuja origem é reconhecidamente religiosa — tem o claro objetivo de evitar a inação diante de resultados indesejados, provocada pela assunção da culpa. Afinal, não fosse a possibilidade de ser perdoado por eventual erro, o homem não ousaria agir diante da dúvida ou do risco iminente. Já a promessa estabelece um vínculo obrigacional entre os participantes de uma dada comunidade de fala. O compromisso que prende cada indivíduo ao cumprimento das determinações emanadas da esfera pública.

As capacidades de perdoar e prometer pressupõem a relação do homem com os outros e não consigo próprio, o que faz emergir a idéia de responsabilidade para com o outro. Isso ocorre, porque a simples pertença a uma comunidade torna seus integrantes responsáveis pelos atos coletivamente praticados. A responsabilidade, no entanto, não se confunde com a culpa, que é individual. Ninguém pode sentir-se culpado por ato do qual sequer participou, embora deva assumir as conseqüências decorrentes de erros ou violações coletivas, pelo simples fato de integrar a comunidade que praticou o ato.

¹⁸² ARENDT, 2003, p. 192.

É justamente na possibilidade de conflito entre as esferas de ação privada e pública que reside o resgate moral proposto pela teoria arendtiana. Neste sentido, deve-se compreender que, quando ingressa na esfera pública, o homem não se despoja de suas convicções pessoais, mas ampara-se nelas para assumir compromissos com os outros. Portanto, uma vez violadas suas crenças, a conduta esperada será a resistência ou, no mínimo, a retirada da esfera pública, a fim de evitar qualquer tipo de responsabilização decorrente das ações das quais discorda.

Nisso, Arendt se distancia de Habermas, já que a proposta deste autor não contempla a possibilidade de desrespeito às determinações emanadas da esfera pública por sua desconformidade frente à orientação moral individual, mas apenas nas hipóteses em que se verificar a violação aos procedimentos democráticos estabelecidos como requisito *sine qua non* da construção do discurso. A moral, na concepção arendtiana, anda *lado-a-lado* com o direito, impondo-lhe limites de ordem material.

Com uma história pessoal marcada pela perseguição nazista aos judeus e a completa privação da proteção conferida pela posse do estado de nacionalidade, Arendt constrói sua teoria acerca da condição humana e do compromisso moral que lhe confere sustentáculo. A partir de um fato histórico — o *holocausto* —, ela defende a imprescindibilidade da instituição de direitos capazes de proteger todo ser humano contra as mazelas da modernidade, independente de sua pertença a um Estado.

De acordo com sua avaliação, com a proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, o homem — e não mais Deus ou os costumes — passou a ser a fonte única da lei, a qual era dada por ele e para ele. Todavia, ele era sempre e apenas concebido enquanto membro de um povo emancipado nacionalmente, pois “como a humanidade, desde a Revolução Francesa, era concebida à margem de uma família de nações, tornou-se gradualmente evidente que o povo, e não o indivíduo, representava a imagem do homem”¹⁸³.

Tal concepção revelou o problema de um imenso número de pessoas que haviam perdido sua nacionalidade. Pessoas que já não desfrutavam de seus lares e tampouco da proteção de um governo, às quais se negava a proteção dos Direitos do

¹⁸³ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Traduzido por Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 325.

Homem pelo fato de não pertencerem a um povo nacionalmente emancipado. Arendt exorta a privação de legalidade a qual foram submetidos os apátridas, não criminosos, perseguidos por regimes políticos totalitários. “Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los”¹⁸⁴. Nesta circunstância, a pessoa torna-se supérflua e, enquanto ser supérfluo e absolutamente desprotegido, sua vida corre perigo.

Dizer isso significa admitir que nem todo ser humano está protegido, ou seja, que o fato de não pertencer a um Estado retira-lhe a qualidade de sujeito dessa espécie de direito e, conseqüentemente, a própria condição de humanidade. Infelizmente, a história já deu mostra das conseqüências desastrosas da adoção de medidas que excluíram os apátridas da esfera de proteção dos direitos humanos. Como narrado por Arendt¹⁸⁵, a expatriação, a expropriação e a subsequente exclusão daqueles que haviam perdido sua nacionalidade de todo âmbito de proteção jurídica constituíram as principais estratégias implementadas pelo regime nazista alemão, para a aniquilação do povo judeu. Destituído de nacionalidade e de toda propriedade, o indivíduo não tem um “lugar no mundo” e tampouco a quem recorrer quando vê violados seus direitos.

Ela enfatiza, ainda, o aspecto eminentemente formal conferido à norma pelo regime nazista. Circunstância que foi capaz de macular o comportamento da maior parte do povo alemão, contra toda convicção moral anterior, sob o auspício da legalidade. E o absurdo desta realidade estava desenhado num personagem que se sentava diante da Corte de Jerusalém. Eichmann foi acusado pelo povo judeu de ser um dos maiores criminosos da história da humanidade, mas o que se revelava diante do tribunal era um homem incapaz de pensar por si próprio, que se limitava a repetir frases feitas pelo regime ao qual pertencera. Não havia ação naquele ser humano, assim como não a havia nos judeus perseguidos e mortos em campos de concentração, ainda que por motivos distintos. Em Eichmann, porque escolhera a formalidade

¹⁸⁴ ARENDT, 1989, p. 329.

¹⁸⁵ Vide ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém:** um relato sobre a banalidade do mal. Traduzido por José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

“cega”, que conferia a seus atos o falso aspecto da legalidade. No povo judeu, porque lhe fora retirado o direito de agir e discursar.

A maior violação aos direitos humanos consiste, então, na privação de um lugar no mundo. É justamente a perda da capacidade de fala e de inter-relacionamento que retira do homem sua condição humana. Isto porque, se de um lado o homem emancipou-se da história e da natureza, de outro sua existência passou a ter sentido apenas quando compreendida dentro de uma determinada ordem social. Os excluídos em nada se diferenciam dos demais animais e sua vida fica relegada a uma esfera privada (da diferenciação), contraposta à vida política altamente desenvolvida em que consiste a esfera pública (da equalização).¹⁸⁶

Como afirma Celso Lafer:

O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.¹⁸⁷

O núcleo essencial e irrevogável dos direitos humanos é constituído, portanto, do *direito a ter direitos*, que, em si, revela o compromisso moral para com a não supressão das prerrogativas de participação de qualquer membro da comunidade, ainda que esta determinação emane da vontade coletiva, cuja manifestação tenha sido obtida com obediência aos procedimentos democráticos abordados, por exemplo, pela teoria habermasiana.

4.3 À guisa de complementações

¹⁸⁶ ARENDT, 1989, p. 330-334.

¹⁸⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 166.

No contexto delineado, resta apenas questionar a possibilidade de adoção de um duplo sistema de fundamentação, ou seja, de um modelo de legitimação baseado tanto em aspectos procedimentais de construção dos direitos fundamentais, quanto em aspectos materiais. Integração tomada como tentativa de complementação das deficiências apontadas pelas críticas referentes às propostas até então apresentadas.

Em que pese toda oposição que possa ser feita ao aspecto eminentemente procedimental da teoria habermasiana, não se deve olvidar da contribuição apresentada por sua base democrática, principalmente no que diz respeito à caracterização da esfera pública. Afinal, o procedimento definirá o modo e a medida de participação de cada sujeito em ambientes discursivos, assegurando, pela forma, o respeito às determinações volitivas plurais, presentes na sociedade moderna.

A adoção do paradigma *intersubjetivo* tem influência direta sobre essa questão, na medida em que vincula a atribuição da *condição de humanidade* ao reconhecimento dos Outros. É através dessa atividade que o ser humano integraliza sua personalidade. Por isso, a imprescindibilidade de recorrer aos ambientes de discussão, característicos da esfera pública.

Ciente da complexidade social, Habermas procura, com razão, estabelecer padrões de comportamento comunitário capazes de assegurar não a mera conjunção momentânea de interesses individuais — tal qual acontece na chamada *democracia participativa* —, mas a própria formação de uma vontade coletiva autônoma. Nisso consiste, como visto, a proposta *democrático-deliberativa*, de acordo com a qual a cada sujeito deve ser garantido o direito de participar consciente e eficazmente dos ambientes de decisão, na esfera pública.

Por detrás de seu ideal há um compromisso ético, inserido na condição de participação subjetiva na esfera pública, bem como nas prerrogativas que asseguram seu livre exercício¹⁸⁸. Sem isso, não há como pensar em legitimidade. Daí sua designação como direitos fundamentais e a argumentação de que, sob pretexto

¹⁸⁸ Segundo Leonardo Avritzer: “A moralidade é resgatada por Habermas enquanto forma de autodeterminação da comunidade. Desse modo, ela se expressa nas estruturas democráticas entendidas enquanto regras práticas para a organização desse processo. A democracia enquanto forma de autodeterminação moral está, portanto, em continuidade com a preocupação marxiana da autodeterminação dos indivíduos nas comunidades em que vivem, na medida em que torna esses mesmos indivíduos co-autores das regras da própria sociabilidade.” (AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática**. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996, p. 155)

algum, sociedades consideradas democráticas poderão afastá-los dos espaços de discussão, principalmente quando dizem respeito à organização dos poderes estatais.

A noção de *direitos fundamentais*, tal qual defendida por Habermas, traz consigo a compreensão de que a ação comunicativa e o funcionamento do sistema são intermediados pela força reguladora do direito, cujas determinações resultam de uma vontade coletiva autônoma, construída a partir de regras discursivas específicas. Não há um condicionamento moral dos rumos a serem tomados, mas um número infinito de combinações de vontade, resultante da pluralidade de interesses existente num mesmo contexto da realidade.

A combinação eficaz entre os interesses em jogo dependerá das condições de participação e discurso, presentes na esfera pública. Isso justifica a concepção da chamada *comunidade ideal de fala*. Nela, as circunstâncias discursivas são perfeitas: seus membros desfrutam de ampla participação em todas as etapas de decisão coletiva, em virtude de sua capacidade compreensiva e da garantia de não exclusão. Nessa medida, torna-se plausível a afirmação de que o conteúdo das orientações advindas da esfera pública atenda, sempre e de certa forma, aos interesses de seus participantes.

Acontece que, o ponto de partida da teoria habermasiana já o coloca frente a um paradoxo: o discurso constitutivo da esfera pública assenta sua base em requisitos não-discursivos. Com isso, a política — que é a essência da ordem social — acaba exilada da origem desta mesma ordem. Flávio Beno Siebeneichler¹⁸⁹ refere-se à contradição apontada da seguinte maneira:

A atmosfera exigida pelo discurso teórico ou prático tem de ser produzida artificialmente, fora da ação comunicativa, e assegurada contra intromissões a partir de fora. A pergunta que se coloca então é a seguinte: de que modo um espaço artificial, criado a partir de argumentos e em círculos esotéricos de especialistas esclarecedores pode servir como modelo para uma *práxis* crítica transformadora da sociedade? Estamos diante de uma situação paradoxal: uma situação não política deve possibilitar uma *práxis* política.

¹⁸⁹ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas**: razão comunicativa e emancipação. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 157.

Ademais, quando comparado à realidade¹⁹⁰, o ideal democrático-deliberativo pode criar um enorme vácuo entre suas previsões e os efetivos resultados do funcionamento da esfera pública. Não é difícil imaginar que, em sociedades pouco desenvolvidas ou que enfrentem sérios problemas de distribuição de renda e educação, boa parte da população esteja excluída dos ambientes de discussão. A uma, pela dificuldade de compreensão e expressão ocasionada pelo baixo nível cultural, que normalmente conduz à manipulação volitiva da classe dominada. A duas, pelo sintomático desinteresse individual diante dos assuntos inerentes à ordem pública, ou seja, à política.

O descompasso entre o funcionamento real da esfera pública e a teoria habermasiana evidencia a parcialidade desta proposta, na medida em que, nela, é impossível encontrar explicação para momentos em que as condições concretas da vida provocam a inoperância dos procedimentos preestabelecidos. Aqui reside uma das principais críticas dirigidas a Habermas: *a ausência de um fundamento material, que seja capaz de evitar a utilização do processo contra a integridade da vida humana.*

Ao apresentar a proposta de construção da *ética da libertação*, Enrique Dussel¹⁹¹ aduz que, por se preocupar unicamente com o momento formal de fundamentação, Habermas deixou sem resposta as questões relativas à aplicação do direito e, com isso, todos os problemas de inacessibilidade à esfera pública. Daí seu distanciamento da realidade, ou seja, o isolamento que dificulta a utilização da *teoria da ação comunicativa* para pensar contextos de flagrante desigualdade. Obstáculo que poderia ser superado pela junção entre modelos de fundamentação material e formal,

¹⁹⁰ A comparação realizada não escapa ao objetivo da teoria em exame, já que a atividade discursiva “é encarada por Habermas, primeiramente como um trabalho teórico de mediação entre a teoria e a *praxis*, entre pragmática formal universal e a pragmática empírica, mas também como uma atividade que visa possibilitar impulsos transformadores da sociedade, seguindo quatro estratégias principais: a) Liberar o potencial de racionalidade enquistado nas culturas de *experts* em política, ciência, arte, filosofia. b) Sensibilizar o esclarecimento e a reflexão crítica para [...] a substância ética da tradição, a idéia de vida boa, bem vivida. [...] c) Esclarecer e fortalecer instituições aptas a orientar a modernização social numa direção não capitalista e não opressiva. [...] d) Referir exemplarmente o esclarecimento a movimentos sociais concretos que atualmente se opõem à colonização do mundo da vida.” (SIEBENEICHLER, 2003, p. 156-157)

¹⁹¹ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Traduzido por Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 199. É importante destacar que a referência à obra de Dussel não implica na aceitação acrítica de sua proposta teórica. Desta feita, seu texto foi utilizado com o objetivo específico de pontuar as críticas formuladas contra teoria habermasiana, que interessam ao desenvolvimento desta pesquisa.

já que “o desejável materialmente (como mediação para a vida) e o válido subjetivamente devem dar-se ao mesmo tempo.”¹⁹²

Na perspectiva dusseliana, a negativa absoluta de uma definição do que seja bom conduz a um relativismo prejudicial e inadmissível diante de condições empíricas de aviltamento da vida humana. A restrição à forma confere à fundamentação uma abertura de conteúdo incompatível com a idéia de garantia mínima da dignidade humana e de proteção à comunidade de vítimas, que está excluída de toda e qualquer esfera discursiva. Isso justifica a necessidade de vinculá-la a um conteúdo material mínimo, impondo-lhe o respeito a uma verdade que ultrapassa os limites do consenso, para fincar raízes nos elementos da vida concreta de cada comunidade de fala.¹⁹³

A reivindicação de uma fundamentação material decorre, ainda, da crítica levantada contra a pressuposição de que “a esfera da comunicação e da vida pública pode escapar aos imperativos funcionais da vida econômica e do Estado”¹⁹⁴, pois seria impróprio considerar que, em sociedades marcadas pela presença de farta parcela de pobres e miseráveis — tal qual a brasileira —, a esfera pública esteja isenta desse tipo de influência. Afinal, os diferentes níveis de acesso à alimentação, saúde e educação normalmente sujeitam os desvalidos à dominação do poderio econômico e administrativo.

A circunstância descrita põe em cheque a isonomia pressuposta pela teoria habermasiana. Nesse sentido, incumbe à atividade crítica “elucidar sobre até que ponto, em face do irracionalismo impossível de ser subestimado na política, é possível preservar o ‘núcleo normativo’, ou impedir que toda essa ‘discussão racional de

¹⁹² DUSSEL, 2002, p. 201. Numa tentativa de complementação, a proposta dusseliana reúne três momentos distintos de fundamentação: (a) material, (b) formal e (c) de factibilidade. O primeiro diz respeito à possibilidade de estabelecimento de um conteúdo moral mínimo, representado pelas condições concretas que garantem a produção, o desenvolvimento e a reprodução da vida humana; o segundo, aos procedimentos democráticos de validação formal da moral; e o terceiro, às condições de possibilidade de um conteúdo ético normativo. (DUSSEL, 2002, p. 565)

¹⁹³ DUSSEL, 2002, p. 558-574.

¹⁹⁴ ARGÜELLO, Katie Silene Cárceres. As aporias da democracia: uma (re)leitura possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas. In: Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Repensando a teoria do estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 103-104.

interesses' permaneça impermeável à racionalidade estratégica ou à interferência da dominação.”¹⁹⁵

Outro ponto de divergência consiste na investigação dos fatores subjetivos que influenciam negativamente a ação comunitária, desvirtuando os resultados obtidos no jogo democrático. Entre eles, destacam-se a simulação, a mentira e a adoção de posições deliberadamente hostis à obtenção do consenso¹⁹⁶. Circunstâncias em que se percebe a sobreposição de interesses privados em relação a interesses coletivos.

Ao discorrer sobre a validade discursiva, Habermas assenta seus pressupostos na sinceridade das manifestações de vontade e no compromisso para com a verdade. Todavia, em situações concretas, é difícil estabelecer o controle rígido desses elementos. Em muitos casos, o que se verifica é o emprego de fórmulas fraudulentas para a obtenção de consensos. Artifícios consistentes na dissimulação da verdade e manipulação volitiva, que aniquilam a idéia de neutralidade discursiva.

De acordo com Siebeneichler, o problema está no fato de que

Habermas acredita ser possível reduzir a estrutura humana de carências e necessidades àquilo que é articulável, em princípio, na linguagem, apoiado na idéia de que o homem define-se através da linguagem, que constitui uma ordem simbólica. Isso leva-o a relegar a um segundo plano a ordem imaginária, pré-lingüística, enquanto não apreensível em estruturas do mundo da vida. Deriva deste fato uma ausência, em sua obra, do reino estético, no qual se dá um entrelaçamento entre ordem simbólica e imaginária e onde se anuncia o *eros*, bem como o “não-idêntico”. Para ser mais preciso: Habermas interessa-se pelo estético, mas não pelo estético em si mesmo, e sim, pelo estético transformado em juízo estético, em conceito, em discurso, em instituição.

Em estudo sobre a política, Zigmund Bauman¹⁹⁷ preocupou-se em apontar algumas das razões pelas quais o homem moderno afasta-se da esfera pública ou, quando dela participa, o faz guiado apenas por interesses particulares. Em sua opinião, o medo, a suspeita e o ódio determinam esse confinamento. O ato de recolher-se “em casa” constitui uma espécie de autoproteção contra as mazelas do mundo exterior. E esse comportamento acaba, também, por desvirtuar a esfera pública, a qual

¹⁹⁵ ARGÜELLO, 2004, p.

¹⁹⁶ ARGÜELLO, 2004, p. 103-104.

¹⁹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2000, p. 18-23.

deixa de estar baseada em laços de amizade e solidariedade para resumir-se à mera união de forças com o objetivo de preservar interesses privados. Nesse sentido, embora plural, a ação correspondente a este espaço continua sendo individual e não coletiva.

O diagnóstico de Bauman indica, também, como causa determinante do esfacelamento da esfera pública a banalização da *ação política*. Esse fenômeno resulta, em primeiro lugar, do despreparo dos políticos, que transformam o espaço público em mera reprodução de seus escritórios privados e, assim, tomam como inimigo todo aquele que não compartilha do mesmo comportamento, tratando-o como intruso a ser banido da esfera pública. Em segundo lugar, da manipulação do medo, da suspeita e do ódio individuais, em prol de interesses eleitoreiros.

O quadro delineado evidencia duas questões de suma importância: (1) a imprescindibilidade da fundamentação formal, como meio de assegurar o funcionamento democrático da esfera pública; e (2) a necessidade de acrescentar àquela proposta elementos materiais, referentes a aspectos concretos da vida humana, como meio de assegurar a efetiva participação subjetiva em espaços de discussão. Nesse sentido, é preciso considerar a possibilidade de instituição de uma *proposta eclética de fundamentação dos direitos humanos*, ou seja, de uma teoria que combine elementos do processo democrático com requisitos materiais aptos a resguardar, indistintamente, a integridade da vida humana.

Em que pese não se confundirem com o direito natural, por incorporarem também direitos originários de processos sócio-culturais, denominados civis, os *direitos humanos* guardam estreita relação com aquele primeiro, a começar pela identificação de seus sujeitos¹⁹⁸. Afinal, apesar do caráter tautológico dessa afirmação, não há dúvida de que o ser humano é o beneficiário da proteção que se pretende conferir com sua instituição. Sua origem biológica é o que determina a identificação primeira da incidência desta espécie normativa, assim como a instituição de direitos voltados à garantia da existência humana no mundo, a exemplo dos direitos à vida, à integridade física e à alimentação.

A implicação do reconhecimento de elementos pré-culturais consiste na exclusão dos direitos humanos de todo ambiente de deliberação. Neste caso, sua

¹⁹⁸ LUÑO, 1995, p. 38-44.

proteção seria imposta em qualquer circunstância, como requisito de constituição válida da comunidade de fala, sendo vedada a discussão de seu cabimento, ainda que pela vontade da maioria. Com isso, a esfera pública estaria supostamente assegurada contra os malefícios da desigualdade econômica, social e cultural. Afinal, a garantia das condições biológicas de sobrevivência constitui o primeiro plano de acesso à ordem pública.

Para ressaltar sua importância no contexto dos direitos humanos, é válido traçar um paralelo entre este primeiro momento de fundamentação e a idéia de *labor*, que compõe o conceito arendtiano de *vita activa*. Embora Arendt sustente que a condição humana somente esteja completa com a ocorrência do *trabalho* e da *ação*, não se pode olvidar da consideração de que somente a partir da satisfação de suas necessidades básicas, através do labor, o ser humano sente-se impelido a ultrapassar as fronteiras da esfera privada, para interagir com os Outros sujeitos, em espaços públicos de discussão.

Eis o primeiro ponto onde se quer chegar: *o pressuposto de validade (procedimental) habermasiano somente pode ser pensado a partir do momento em que todos os indivíduos desfrutarem da satisfação de suas necessidades básicas*. Trata-se de circunstância material a ser observada como requisito *sine qua non* para a constituição da esfera pública. Afinal, quem tem fome ou convalesce jamais estará em condições de interagir com os Outros, de modo satisfatório e neutro, pois não há negociação possível quando o assunto é a sobrevivência.

O segundo diz respeito à *imprescindibilidade do momento formal de fundamentação*. Nessa esteira, uma vez satisfeitas as necessidades básicas individuais, deve-se partir para a construção de uma proposta de fundamentação procedimental, destinada à regulamentação do funcionamento democrático da esfera pública. É chegada, então, a hora de contemplar o aspecto intersubjetivo e estabelecer os requisitos de validade da *ação comunicativa*. Contexto em que se insere a contribuição habermasiana, com aplicabilidade plena dos elementos inerentes à proposta democrático-deliberativa.

O terceiro e último ponto de observação consiste no *resgate da idéia de responsabilidade para com os Outros*. Esse parece ser um dos modos de superação das

críticas dirigidas aos problemas de determinação irracional e subjetiva da ação comunicativa. De pouco adiantará a garantia das condições de sobrevivência ou de respeito aos procedimentos preestabelecidos, se não for exigido o comprometimento dos falantes para com os objetivos apresentados pela coletividade, seja no momento antecedente à obtenção do consenso ou na etapa de execução das orientações adotadas.

A noção de responsabilidade situa o ser humano num determinado tempo e espaço, clareando os laços que o vinculam à comunidade na qual está inserido. Nessa linha, deve-se considerar que os direitos humanos não se restringem às determinações do direito natural, abrangendo também elementos culturais, ou seja, decorrentes da convivência humana em sociedade. Isso significa reconhecer o contexto dialético desse conjunto normativo, concebendo-o tanto a partir de elementos naturais, quanto históricos.

Fábio Konder Comparato¹⁹⁹ ressalta a importância do reconhecimento da personalidade — também fruto da integração do homem à sociedade e da consideração de elementos contextuais — como requisito essencial à afirmação do ser humano no mundo. Tal necessidade de reconhecimento justifica-se pelo fato de a história já ter dado mostras suficientes das barbáries que podem advir da destruição da personalidade, do aniquilamento de toda condição de afirmação existencial. Assim se deu no regime nazista:

Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão-só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, freqüentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O ser humano já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos.²⁰⁰

A partir de exemplos passados de violação e da constatação de que a vida do homem moderno precisa ser considerada num contexto histórico-cultural, conclui-se que a integridade protegida pelos direitos humanos vai além da simples garantia de

¹⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11-36.

²⁰⁰ COMPARATO, 2001, p. 23.

satisfação de necessidades básicas individuais. A vida em comunidade exige a interação responsável, com a geração de novas realidades culturais, que influenciam a formação da personalidade de cada sujeito e a determinação de novas necessidades.

As críticas levantadas induzem à ponderação de que a complexidade inerente à sociedade moderna não pode ser pensada somente a partir da proposta de fundamentação procedimental, já que ela não dá conta da explicação dos problemas de funcionamento da esfera pública em sociedades marcadas pela desigualdade. Nestas, a participação somente se efetivará na medida em que a todos forem asseguradas condições concretas de vida. Fica, então, aberta a questão referente à necessidade de complementação, assim como a sugestão para que sejam consideradas as propostas de eleição de um “núcleo essencial de direitos”, pré-discursivo e voltado à garantia de satisfação de necessidades básicas de sobrevivência, e do resgate moral, correspondente à noção de responsabilidade para com os Outros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, procurou-se expor as contribuições oferecidas pela teoria da ação comunicativa, de Jürgen Habermas, para a elucidação de questões relacionadas à efetividade dos direitos fundamentais.

O ponto de partida de toda a análise consistiu no pressuposto fático de que as sociedades modernas são marcadas pela complexidade e pela desigualdade. A primeira, inerente ao multiculturalismo e ao próprio reconhecimento de que cada ser humano é único em sua existência e forma de compreender o mundo. A segunda, aos problemas inerentes à má distribuição de renda e, por consequência, à dificuldade de acesso à saúde, à educação e à justiça.

Na linha dos paradigmas filosóficos da modernidade, a teoria habermasiana fixa sua base sobre a noção de *ação comunicativa*. Nela, estão combinados os referentes de intersubjetividade, uso ordinário da linguagem e caráter normativo do funcionamento de ambientes discursivos. Por isso, a afirmação de que a referida proposta vai além da perspectiva puramente pragmática, atingindo uma dimensão de regulamentação do funcionamento social.

Habermas biparte a sociedade entre *sistema* e *mundo da vida*, procurando, com isso, identificar a tensão existente entre a *facticidade* própria de setores autoregulados (como a economia) e a *validade* inerente aos processos discursivos. Entre eles encontra-se o direito, como um elo constituído pela *força* e pela *legitimidade*; de um lado, proveniente das determinações de poder do Estado e, de outro, do consenso obtido por meio de práticas democráticas. Disso resulta, na perspectiva do autor, sua possibilidade de responder às perplexidades da sociedade moderna.

Para explicitar o potencial legitimador das relações ocorridas no mundo da vida, Habermas descreve o que denomina *comunidade ideal de fala*. Trata-se de um ambiente discursivo imaginário, no qual todos têm igual direito de participação, sem risco de exclusão ou de serem enganados quanto às pretensões reveladas pelos demais membros da comunidade. Por esse motivo, a participação deve ser guiada pela

capacidade de fala — que compreende a possibilidade de compreender e fazer-se compreender — e pela sinceridade. Sem isso, não há legitimidade viável.

A participação discursiva, por sua vez, enseja a abordagem da autonomia privada e pública. Embora disponha de liberdade para decidir sobre questões de ordem particular (autonomia privada), é preciso considerar que o ingresso na esfera pública sujeita o indivíduo às determinações consensuais dela decorrentes (autonomia pública). Isso acontece, porque o resultado da ação comunicativa não se confunde com a mera soma de vontades individuais, que, a qualquer momento, podem “sair de cena” sem prejudicar o todo. Na dinâmica das comunidades de fala, toda ação é coordenada em função da troca de experiências entre seus participantes. Dessa relação de permuta, advém a constituição de uma *nova* vontade, agora coletiva, que, uma vez instaurada, fica excluída do campo de decisão individual.

Quanto à configuração dos espaços públicos de discussão, deve-se ter presente eles assumem características específicas em cada uma das esferas de poder o Estado. Assim: (a) a ação legislativa constitui, na perspectiva habermasiana, o ambiente genuíno de participação democrática — suas decisões vinculam todas as demais esferas —; (b) a ação judiciária preocupa-se com a aplicação do direito, estando vinculada ao cumprimento das determinações legislativas em virtude da necessidade de justificação de suas decisões; e (c) a ação administrativa corresponde à tarefa de execução das normas postas.

Relacionada aos direitos fundamentais, a teoria habermasiana permite pensar questões referentes à influência democrática sobre sua construção.

Há muito, o ideal de proteção à integridade da pessoa humana se faz presente nas normas — morais ou jurídicas — que guiam a convivência em sociedade. Contudo, considerando a organização política mundial, cuja estrutura está assentada na figura do Estado, tais normas ganham força apenas quando incorporadas a sistemas jurídico-positivos.

Segundo a novel teoria constitucional, uma vez introduzidas no corpo da Constituição, elas adquirem o *status* de direito fundamental, passando a irradiar determinações para todo o sistema jurídico interno. Isto é, vinculam a atuação do legislador infraconstitucional, assim como das demais esferas de poder estatal, à

obediência a seu conteúdo. Daí a preocupação, apresentada nesta pesquisa, em delimitar as circunstâncias de sua instituição democrática, abertura interpretativa e aplicabilidade.

No que diz respeito ao processo de criação, é importante destacar, com fulcro na teoria habermasiana, a importância da participação discursiva — assegurada principalmente na esfera legislativa —, através da qual se dará a legitimação das decisões adotadas pela esfera pública. Não há, por óbvio, que se descurar da sanção — necessária à manutenção da coesão do sistema —, mas o enfoque conferido à questão democrática deve ser observado.

A questão da interpretação recorre à idéia de um *sistema aberto de regras e princípios*. Nessa esteira, o estudo dos direitos fundamentais torna-se permeável às questões lingüísticas, que dão conta do sentido sempre vago e ambíguo da norma submetida à interpretação e, por conseqüência, da necessidade de integração de seu conteúdo por questões, a princípio, alheias ao processo democrático. Disso resultam as propostas de limitação formal ou mesmo material da atividade interpretativa.

Na seara da aplicabilidade normativa, fazem-se presentes as discussões pertinentes à definição da fundamentalidade da norma de direito fundamental e sua caracterização como *direito subjetivo*. Uma vez admitida esta hipótese, não há modo de negar sua oponibilidade frente ao Estado e a terceiros, ressalvada apenas a circunstância em que se verifica a existência de barreira material para sua concretização, representada pela noção de escassez.

Por fim, a atividade de construção da norma de direito fundamental reporta a um derradeiro problema: a necessidade de integração valorativa de seu conteúdo. Essa proposta, contudo, ultrapassa os limites da teoria habermasiana. Afinal, para Habermas, o direito e a moral constituem esferas co-originárias, mas não coincidentes.

O estudo realizado nos primeiros capítulos permitiu, enfim, traçar algumas linhas contributivas à discussão dos direitos fundamentais. Nesse sentido:

(a) Deve-se ter presente a contribuição da teoria habermasiana para a construção de um ideal democrático capaz de contemplar a ampla participação

individual na esfera pública de discussão. Trata-se da denominada *democracia deliberativa*, cujos pressupostos estão assentados no respeito aos requisitos discursivos inerentes ao funcionamento da comunidade ideal de fala.

(b) Todavia, a proposta de Habermas apresenta lacunas, principalmente decorrentes da contrafactualidade da *comunidade ideal de fala*. Ou seja, seus elementos democráticos não resistem ao embate com a desigualdade da realidade social. Por isso, a proposta de sua complementação.

Nesse ponto, optou-se por cotejar a teoria habermasiana com as lições de Hannah Arendt, não apenas em virtude da projeção adquirida por esta autora no campo da filosofia e do estudo dos direitos humanos, como também pelo conteúdo complementar de sua proposta em relação ao marco teórico adotado nesta pesquisa.

Tanto quanto Habermas, Arendt preocupa-se em delimitar a esfera pública e ressaltar sua imprescindibilidade para a atribuição da *condição humana*. Em sua perspectiva, o homem somente terá sua personalidade integralizada quando obtiver o reconhecimento de seus pares. Esse fato, por outro lado, exige uma participação responsável na esfera pública. Uma participação que revele um compromisso moral para com o Outro.

(c) Frente às propostas apresentadas cumpre, então, questionar a possibilidade de integração de seu conteúdo, isto é, de coordenação entre exigências de fundamentação procedimental e material.

A necessidade de satisfação das condições concreta da vida remete à conclusão de que, em contextos de flagrante desigualdade, propostas de fundamentação exclusivamente procedimentais precisam ser complementadas por elementos materiais, capazes de assegurar ampla proteção ao ser humano. Nessa esteira — sem qualquer intenção de estancar o debate —, é que segue a sugestão de admissão de um sentido complementar entre as propostas de Habermas e Arendt:

Não se deve olvidar do *ideal da democracia deliberativa*, mas apenas estudar a possibilidade de complementá-lo com as noções de um *núcleo essencial de direitos*, destinado à satisfação das necessidades básicas de cada ser humano, bem como de um vínculo obrigacional de origem moral, que estabeleça como requisito de legitimação a *responsabilidade para com o Outro*.

6 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

AGULLA, Juan Carlos. **Teoría sociológica.** Buenos Aires: Depalma, 1987.

ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Traduzido por Alfonso García Figuerola. In: Miguel Carbonell (org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003, p. 32-47.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales.** Traduzido por Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10. ed. Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Eichmann em Jerusalém:** um relato sobre a banalidade do mal. Traduzido por José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Origens do totalitarismo.** Traduzido por Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARGÜELLO, Katie Silene Cárceres. As aporias da democracia: uma (re)leitura possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas. In: Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Repensando a teoria do estado.** Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 79-109.

_____. **O ícaro da modernidade:** direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia:** ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1. 2001, p. 17-59.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Traducido por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Editora da Universidad Externado de Colombia, 2003, p 30-33. (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n. 25)

BRASIL. **Constituição Federal, CLT, legislação previdenciária.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoria general de los derechos humanos.** Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. **Max Weber e a história.** Traduzido por Eduardo Biavati Pedro. São Paulo: Brasiliense, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação:** na idade da globalização e da exclusão. 2.

ed. Traduzido por Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traducido por Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Democracia, Constituição e Princípios Constitucionais**: notas de reflexão crítica no âmbito do Direito Constitucional brasileiro. Disponível em www.mundojuridico.adv.br, em 05 de março de 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FREUND, Julian. **Sociologia de Max Weber**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

GREBLO, Edoardo. **Democracia**: léxico de política. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002.

HÄRBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2. ed. Traduzido por Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002a. (Biblioteca Tempo Universitário: Séries Estudos Alemães, v. 60)

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Traduzido por George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002b.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Traduzido por Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Traduzido por Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002c.

_____. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. Traduzido por Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. (Série Estudos Alemães n. 90)

_____. **Verdad y justificación:** ensayos filosóficos. Traduzido por Pere Fabra e Luis Díez. Madrid: Trotta, 2002d.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** 2. ed. Traduzida por A Ribeiro Mendes. Pós-escrito editado por Penélope A Bulloch e Joseph Raz. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** (*Die normative Kraft der verfassung*). Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e direitos humanos.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KOZICKI, Katya. **H. L. A. Hart:** a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito. Florianópolis: UFSC, Dissertação de mestrado, 1993.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Traducido por José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUDWIG, Celso Luiz. **Formas da razão:** racionalidade jurídica e fundamentação do Direito. Tese de doutorado. UFPR. Curitiba, 1997.

_____. **Razão comunicativa e direito em Habermas.** Curitiba: UFPR, 1997. Retomada da exposição feita por ocasião do Seminário “A Escola de Frankfurt e o Direito”, realizado em julho/97 (trabalho não publicado).

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

- MARCONDES, Danilo. Duas concepções de análise no desenvolvimento da filosofia analítica. In: Maria Cecília M. de Carvalho (org.). **Paradigmas filosóficos da atualidade**. Campinas: Papirus, 1989, p. 11-38.
- MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 27-32. (Os Pensadores).
- MATOS, Olgária C. F. **A escola de Frankfurt: luzes e sombras do iluminismo**. São Paulo: Moderna, 1993. (Coleção Logos)
- MELGARÉ, Plínio. Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n. 154, abr./jun.2002, p. 71-92.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, Luiz (org.); APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Com Habermas, contra Hábermas: direito, discurso e democracia**. Tradução dos textos de Karl-Otto Apel por Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2. ed.. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Traduzido por Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.
- PARDO, David Wilson de Abreu. Caminhos do constitucionalismo no ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 28, p. 107-127.
- PINTO, José Marcelino de Rezende. **Administração e liberdade: um estudo do conselho de escola à luz da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.
- PRZEWORSKY, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Traduzido por Argelina Cheibub Figueiredo, Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Traduzido por Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

- ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998.
- RÖD, Wolfgang. O problema da fundamentação última na filosofia contemporânea: o debate entre racionalismo crítico e pragmática transcendental. In: Maria Cecília M. de Carvalho (org.). **Paradigmas filosóficos da atualidade**. Campinas: Papirus, 1989, p. 127-141.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHNAID, David. **Filosofia do direito e interpretação**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: Um estudo sobre o papel o direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Tese de doutorado. UERJ. Rio de Janeiro: 2004.
- SOUZA, Jessé. O direito e a democracia moderna: a crítica de Habermas a Weber. In: Edmundo Lima de Arruda Junior (org.). **Max Weber: direito e modernidade**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 203-204.
- WEBER, Max. **Parlamento e governo na Alemanha reordenada: crítica política da burocracia e da natureza dos partidos**. Traduzido por Karin Bakke de Araújo. Petrópolis: Vozes, 1993.